Zur Rechtswidrigkeit des unechten Unterlassungsdelikts

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der Doktorwürde
der juristischen Fakultät

der

LUDWIG MAXIMILIANS-UNIVERSITÄT ZU MÜNCHEN

Vorgelegt von

Peter Francke

Referendar aus Berlin

Buchdruckerei „Patria", Felix Zawadzki, Berlin-Neukölln, Reuterstraße 34

Hauptberichterstatter: Professor Dr. Friedrich Doerr
Mitberichterstatter: Professor Dr. Franz Exner

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Tag der Genehmigung: 8. Januar 1940

Der Erinnerung an München gewidmet

Inhaltsübersicht

Seite

Literaturverzeichnis 5

Einleitung

§ 1 Vom Wesen der Unterlassung 10
§ 2 Zur Frage nach der Kausalität 11

I. Hauptteil

Das unechte Unterlassungsdelikt im System der neutralen Rechtsidee

§ 3 Die formelle Rechtspflicht zum Handeln 14
§ 4 Die ausgedehnte Rechtspflicht zum Handeln . . . 19
§ 5 Die materiell rechtswidrige Unterlassung 22
§ 6 Die Entwürfe von 1909 bis 1930 28

II. Hauptteil

Das unechte Unterlassungsdelikt im System der nationalsozialistischen Rechtsidee

§ 7 Der Entwurf der Amtl. Strafrechtskommission . . 30
§ 8 Die rechtswidrige Unterlassung 31
§ 9 Die pflichtwidrige Unterlassung 38
§ 10 Das Verhältnis des echten zum unechten Unterlassungsdelikt 48
§ 11 Zusammenfassung 57

Literaturverzeichnis

v. Alberti, Verbotsverletzende Unterlassungen. 1917.

Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 8. Afl. 1922.

„ Zum Problem der Analogie im Strafrecht. GS. 107/309 ff.

v. Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht. II. 1907.

Barth, Völkische Treupflicht und nationalsozialistisches Strafrecht. DeutStr. 1935/525 ff.

Beling, Die Lehre vom Verbrechen. 1906.

„ Grundzüge des Strafrechts. 11. Afl. 1930.

Bepler, Uebersicht über die Rechtsprechung der deutschen Gerichte zur entsprechenden Anwendung von Strafgesetzen. JW. 1938/553 ff.

Berges, Zum Rechtswidrigkeitsbegriff des völkischen Strafrechts. DeutStr. 1935/440 ff.

Binding, Handbuch des Strafrechts. I. 1885.

„ Die Normen und ihre Uebertretung. I. 4. Afl. 1922. II. 1. Hälfte 2. Afl. 1914.

Boldt, Rechtspolitische Wandlungen unter der Herrschaft des Reichsstrafgesetzbuches. ZStaat. 96/475 ff.

Brinkmann, Grenzen analoger Anwendung von Strafgesetzen. DJ. 1935/1587 ff.

van Calker, Strafrecht. 2. Afl. 1924.

Clemens, Die Unterlassungsdelikte im deutschen Strafrecht von Feuerbach bis zum Reichsstrafgesetzbuch. Bresl.Abh. 149. 1912.

Dahm, Nationalsozialistisches und faschistisches Strafrecht. 1935.

„ Verrat und Verbrechen. ZStaat. 95/283 ff.

„ Verbrechen und Tatbestand. Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft. 1935.

„ Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft. Z. 57/225 ff.

„ Gemeinschaft u. Strafrecht, Kieler Universitätsreden, Neue Folge. Heft 5. 1935.

„ Bemerkungen zum Unterlassungsproblem. Z. 59/133 ff.

Denkschrift des preußischen Justizministers. 1933.

Doerr, Deutsches Strafrecht I. Allg. Teil. 2. Afl. 1930.

Dohna, Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen. 1905.

„ Der Aufbau der Verbrechenslehre. 1936.

Drost, Der Aufbau der Unterlassungsdelikte. GS. 109/1 ff.

Ebermayer, Der Entwurf eines Deutschen Strafgesetzbuches. 1914.

Engisch, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände. 1931.

v. Ferneck, Die Rechtswidrigkeit I. 1903.

Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts. 11. Afl. 1832.

Finger, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1904.

Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 18. Afl. 1931.

„ Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Nachtrag zur 18. Auflage. Die Gesetzgebung der Jahre 1931 bis 1935 (Schäfer, v. Dohnanyi).

Freisler, Nationalsozialistisches Strafrecht. DJ. 1934/471 ff.

„ Deutsches Strafrecht, Vermächtnis und Aufgabe. DeutStr. 1934/1 ff.

„ Schutz des Volkes oder des Rechtsbrechers? DeutStr. 1935/1 ff.

„ Gedanken zur Technik des werdenden Strafrechts und seiner Tatbestände Z. 55/502 ff.

Gallas, Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung. Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft. 1936.

v. Gemmingen, Die Erfassung der Rechtswidrigkeit im System des Willensstrafrechts. DeutStr. 1935/105 ff.

Gerland, Deutsches Reichsstrafrecht. 1922.

Gleispach, Die jüngsten Strafrechtsnovellen Danzigs vor dem Permanenten Gerichtshof für internationales Recht im Haag. DeutR. 1936/23 ff.

Gürtner-Freisler, Das neue Strafrecht. 1936.

Hafter, Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts. Allgemeiner Teil. 1926.

Heinitz, Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit. Bresl.Abh. 211. 1926.

Henkel, Die materielle Rechtswidrigkeit im kommenden Strafrecht. Z. 55/36 ff.

v. Hippel, Deutsches Strafrecht. I. 1925. II. 1930.

„ Lehrbuch des Strafrechts. 1932.

„ Unterlassungsdelikte und Strafrechtskommission. Z. 36/501 ff.

Höhn, Staatsbegriff, Strafrecht und Strafprozeß. DeutR. 1935/266 ff.

Höpfner, Zur Lehre vom Unterlassungsdelikt. Z. 36/103 ff.

Hofacker, Die Leipziger Kriegsprozesse. Z. 43/649 ff.

Jansen, Pflichtenkollision im Strafrecht. Bresl.Abh. 219. 1930.

Kantorowicz, Unechtes Unterlassungs- und unbewußtes Fahrlässigkeitsdelikt. Bresl.Abh. 317. 1931.

Kempermann, Die Erkenntnis des Verbrechens und seiner Elemente. 1934.

Kissin, Die Rechtspflicht zum Handeln bei den Unterlassungsdelikten. Bresl.Abh. 317. 1933.

Kitzinger, Juristische Aphorismen. 1923.

Klee, Das Verbrechen als Rechtsguts- und Pflichtverletzung. DeutStr. 1936/1 ff.

Köhler, Deutsches Strafrecht. Allg. Teil. 1917.

Kohler, Leitfaden des deutschen Strafrechts. 1912.

Kohlrausch, Strafgesetzbuch. 33. Afl. 1937.

„ Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht. 1903.

„ Literaturbericht über „Allgemeine Grundbegriffe". Z. 24/734 ff.

Kollmann, Der Begriff des kommissiven Unterlassens. Z. 29/372 ff.
„ Die Stellung des Handlungsbegriffs im Strafrechtssystem. Bresl.Abh. 91. 1908.
Kraus, Rechtsphilosophie und Jurisprudenz. Z. 23/789 ff.
Krupp, Kameradschaftspflichten und Rechtspflichten. DeutR. 1938/465.
Landsberg, Die sogenannten Commissivdelikte durch Unterlassung im deutschen Strafrecht. 1890.
Larenz, Volksgeist und Recht. ZKult. 1934/40 ff.
„ Rechtsperson und subjektives Recht. Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft. 1935.
Levi, Der Begriff der unechten Unterlassungsdelikte, ihre Kausalität und ihre Rechtswidrigkeit. Diss. Kiel 1933.
v. Liszt, Die Deliktsobligationen. 1898.
v. Liszt-Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil. 26. Afl. 1933.
Manigk, „Interesse" im HdRW. III. 297 ff.
Maurach, Handlungspflicht und Pflichtverletzung im Strafrecht. DeutStr. 1936/113 ff.
H. Mayer, Das Strafrecht des deutschen Volkes. 1936.
„ Der Verbrechensbegriff. DeutStr. 1938/73 ff.
M. E. Mayer, Rechtsnormen und Kulturnormen. Bresl.Abh. 50. 1903.
„ Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts. 2. Afl. 1923.
Mezger, Strafrecht. 2. Afl. 1933. (Zitiert: Mezger).
„ Die subjektiven Unrechtselemente. GS. 89/207 ff.
„ Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände. Sonderabdruck aus der Festschrift für Traeger. 1926.
„ Der deutsche Strafgesetzentwurf. MonKrimPsych. 13/52 ff.
„ Willensstrafrecht, Gefährdungsstrafrecht und Erfolgsstrafrecht. DJZ. 1934/97 ff.
„ Deutsches Strafrecht, Leitfaden. 1936.
„ Die materielle Rechtswidrigkeit im kommenden Strafrecht. Z. 55/1 ff.
„ Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht. ZAk. 1937/417 ff.
„ Die Straftat als Ganzes. Z. 57/678 ff.
„ Zusammenfassende Bemerkung zu Dalcke. V. Krit.Viert. 28/385 ff.
„ Deutsches Strafrecht, Grundriß 1938.
Nagler, Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit. Festschrift für Binding. 2. Bd. 1911.
„ Die Problematik der Begehung durch Unterlassung. GS. 111/1 ff.
Nationalsozialistische Leitsätze für ein neues deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil. 2. Afl. 1935.
Niethammer, Ungeschriebenes Strafrecht. Z. 55/745 ff.
„ Strafbares Unterlassen. Z. 57/431 ff.
Oetker, Rechtsgüterschutz und Strafe. Z. 17/491 ff.
Pestalozza, Rechtsgutverletzung oder Pflichtverletzung? DeutStr. 1938/107 ff.
Peters, Das gesunde Volksempfinden. DeutStr. 1938/337 ff.

Radbruch, Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem. 1904.

Redslob, Die kriminelle Unterlassung. Bresl.Abh. 17. 1906.

Richter, Die strafrechtliche Bedeutung der Rechtspflicht zum Handeln. Diss. Göttingen. 1921.

Rittler, Lehrbuch des österreichischen Strafrechts. I. 1933.

„ Gesetztes und nicht-gesetztes Strafrecht. Z. 49/451 ff.

Sauer, Grundlagen des Strafrechts. 1921. (Zitiert: Sauer.)

„ Lehrbuch der Rechts- und Sozialphilosophie. 1921.

„ Kausalität und Rechtswidrigkeit der Unterlassung. Festgabe für Frank. I. 1930.

„ Die Ethisierung des Strafrechts. DeutStr. 1934/177 ff.

„ Tatbestand und Rechtswidrigkeit, Heilbehandlung und Einwilligung. GS. 113/79 ff.

Schaffstein, Nationalsozialistisches Strafrecht. Gedanken zur Denkschrift des preußischen Justizministers. Z. 53/603 ff.

„ Zur Problematik der teleologischen Begriffsbildung im Strafrecht. 1934.

„ Besprechung von Maurachs „Volksethik und Strafrecht". JW. 1934/2028.

„ Literaturbericht über „Strafrecht. Allgemeiner Teil". Z. 54/123 ff.

„ Das Verbrechen eine Rechtsgutsverletzung? DeutStr. 1935/97 ff.

„ Die materielle Rechtswidrigkeit im kommenden Strafrecht. Z. 55/18 ff.

„ Das Verbrechen als Pflichtverletzung. Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft. 1935.

„ Die unechten Unterlassungsdelikte im System des neuen Strafrechts. Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft. 1936.

„ Strafrechtsreform und unechte Unterlassungsdelikte. DJ. 1936/767 ff.

„ Der Streit um das Rechtsgutsverletzungsdogma. DeutStr. 1937/335 ff.

Schinnerer, Analogie und Rechtsschöpfung. Z. 55/768 ff.

Schmelzeisen, Das Recht im nationalsozialistischen Weltbild. 1934.

Eb. Schmidt, Das Reichsgericht und der „übergesetzliche Notstand". Z. 49/350 ff.

R. Schmidt, Grundriß des deutschen Strafrechts. 2. Afl. 1931.

Schopenhauer, Ueber die Grundlage der Moral. 1840.

Schwarz, Die Strafrechtsnovellen vom 28. Juni 1935. GS. 106/243 ff.

Schwinge, Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht. 1930.

„ Militärstrafgesetzbuch, 1936.

Schwinge-Zimmerl, Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht. 1937.

Siegert, Grundzüge des Strafrechts im neuen Staat. 1934.

„ Auslegung und Analogie im heutigen Strafrecht. JW. 1935/887 ff.

Sieverts, Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen im Strafrecht. 1934.

Stammler, Lehrbuch der Rechtsphilosophie. 1923.

„ Theorie der Rechtswissenschaft. 2. Afl. 1923.

Stucke, Die Rechtswidrigkeit der Unterlassungsdelikte im nationalsozialistischen Strafrecht. Diss. Kiel. 1937.

Thierfelder, Normativ und Wert in der Strafrechtswissenschaft unserer Tage. 1934.

Traeger, Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht. 1904.

„ Das Problem der Unterlassungsdelikte. Festgabe für Enneccerus. 1913.

del Vecchio, Lehrbuch der Rechtsphilosophie. 1937.

Wachenfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1914.

Wachinger, Der übergesetzliche Notstand nach der neuesten Rechtsprechung des Reichsgerichts. Festgabe für Frank. I. 1930.

Welzel, Studien zum System des Strafrechts. Z. 58/491 ff.

Wolf, Das künftige Strafsystem und die Zumessungsgrundsätze. Z 54/544 ff.

„ Vom Wesen des Täters. 1932.

„ Tattypus und Tätertypus. ZAk. 1936/358 ff.

Wolter, Die Krise der Rechtswidrigkeitslehre. Z. 48/32 ff.

Zimmerl, Strafrechtliche Arbeitsmethode de lege ferenda. 1931.

„ Zur Auslegung des § 2 StGB. Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft. 1935.

„ Gesetz und materielle Gerechtigkeit im Strafrecht. Beiträge zur Neugestaltung des deutschen Rechts. 1937.

Abkürzungen

Bresl.Abh.	Breslauer Abhandlungen
DJ.	Deutsche Justiz
DJZ.	Deutsche Juristen-Zeitung
DeutR.	Deutsches Recht
DeutStr.	Deutsches Strafrecht
E.	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
GoltdArch.	Archiv für Strafrecht und Strafprozeß. Herausgegeben von Goltdammer
G.S	Der Gerichtssaal
HdRW.	Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft
JW.	Juristische Wochenschrift
KritViert.	Kritische Vierteljahresschrift
MonKrimPsych.	Monatsschrift für Kriminalpsychologie
Z.	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.
ZAk.	Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht
ZKult.	Zeitschrift für deutsche Kulturphilosophie
ZStaat.	Zeitschrift für die gesamten Staatswissenschaften

Einleitung

§ 1 Vom Wesen der Unterlassung

Nach anerkannter Lehre besteht die Natur des unechten Unterlassungsdelikts[1]) in der Zuwiderhandlung gegen eine Verbotsnorm durch Unterlassen[2]).

Die theoretischen Schwierigkeiten, die bei der Entwicklung dieser Rechtsfigur im System der Verbrechenslehre zu überwinden waren, nahmen mit der Frage nach dem Wesen der Unterlassung ihren Anfang bereits in der Problematik des Handlungsbegriffs. Wurde doch durch die naturalistische Denkweise im Strafrecht die Handlung auf der objektiven Seite in kausale und auf der subjektiven Seite in psychologische Bestandteile zerlegt[3]). Wie es aber an der unbewußt fahrlässigen Unterlassung — der Vergeßlichkeit — ersichtlich ist, so gehören zum Wesen der Unterlassung weder ein Wollen noch eine kausale Körperbewegung[4]). Daraus folgerte Radbruch[5]), daß sich demnach die Gegensätze Tun und Lassen auch nicht unter dem gemeinsamen Oberbegriff der Handlung zusammenfassen ließen, sondern daß Handlung und Unterlassung im gesamten Strafrechtssystem unverbunden nebeneinander stehen müßten. Dieser, innerhalb der strafrechtlich bedeutsamen Erscheinungen beklemmend wirkende Dualismus[6]) ist jedoch gelöst, sobald man sich vergegenwärtigt, daß ja die strafrechtliche Handlung ein wertbezogener Begriff ist[7]). Tun und Lassen haben dann das Merkmal der Wertbezogenheit gemeinsam, so daß die psycho-physische Eigenart der Unterlassung keine systemsprengende Wirkung mehr hat. Der Schlüssel zum Verständnis des deliktischen Unterlassens liegt daher in der normativen Idee des Rechts, d. h. nicht der Untätige selbst bewirkt die Unterlassung, sondern der außenstehende Beurteiler durch seine Kritik, daß der Unterlassende etwas Bestimmtes hätte tun können, bringt sie zustande[8]). Bei beiden Arten der Unterlassungsdelikte tritt folglich die gedachte Handlung an die Stelle der wirklichen beim Begehungsdelikt[9]).

---

[1]) v. Hippel Lehrb. 100 Anm. 1 findet diese Bezeichnung recht sinnlos, sie wird aber im Text als geläufiger Fachausdruck beibehalten. Drost GS. 109/1 ff. lehnt die Bezeichnung deshalb ab, weil er die Unterscheidung des echten und des unechten Unterlassungsdelikts aufhebt. Vgl. S. 56 d. Darst.

[2]) vgl. Doerr 31, Beling Grd. 38, Frank 16.

[3]) dazu kritisch: Welzel Z. 58/491 f.

[4]) vgl. Radbruch Handlbegr. 134 ff.

[5]) aaO. 142.

[6]) Binding Norm. II. 101.

[7]) vgl. Mezger 102.

[8]) vgl. Kollmann Z. 29/401, Traeger 7, Mezger 130, Dohna Aufbau 13; dagegen: Beling Lehre 9, M. E. Mayer 108, v. Liszt-Schmidt 169.

[9]) Mezger 95 Anm. 11.

Wie nun zum Begriff der realen Handlung die spontane[10]) Willensbetätigung gehört, so findet dieses Erfordernis bei der gedachten Handlung in der Möglichkeit ihrer Vornahme seine Parallele[11]). Und dies in glücklicher Anlehnung an den Sprachgebrauch des täglichen Lebens, denn niemand wird sagen, daß es jemand unterlassen habe, die Gesetze der Natur aufzuheben, weil dazu die Möglichkeit eben nicht vorhanden ist.

Es läßt sich daher abschließend die Unterlassung als die Nichtvornahme einer bestimmten[12]), bzw. einer erwarteten möglichen Handlung definieren[13]).

Obwohl der Allgemeine Teil des StGB. keine Definition der Unterlassung bringt, so ist es zweifelsfrei, daß der Gesetzgeber unter den Begriff der Handlung in § 1 StGB. auch die Unterlassung einbezogen wissen wollte[14]). Enthält doch auch der Besondere Teil gelegentlich Tatbestände[15]), in denen eine Unterlassung bestraft wird, wenn durch sie ein verpönter Erfolg herbeigeführt wurde. Die Kausalitätsfrage war dem Gesetzgeber wie von jeher[16]) ebenfalls nicht problematisch. Dagegen hat die Lehre die Frage nach der Ursächlichkeit der unechten Unterlassung vom dogmatischen Standpunkt aus gestellt, nachdem die Kausalität für die Tatbestände konstitutiv geworden war[17]).

§ 2 Zur Frage nach der Kausalität

Die Frage nach der Kausalität der unechten Unterlassung war für die ältere Lehre gleichbedeutend mit dem Bemühen, die Haftung für den Erfolg auf dem Felde der Ursächlichkeit zu finden. Man ging dabei von der Voraussetzung aus, daß die Unterlassung nur eine maskierte Begehung sei und versuchte daher, indem man die Tatbestände nur auf die positiven Handlungen bezog, dem Unterlassenden irgendwo ein aktives Tun nachzuweisen, welches den Erfolg verursacht hätte. Die Namen Luden[1]), Krug, Glaser, Merkel, Binding u. a. sind mit diesen vergeblichen Versuchen verknüpft[2]).

Heute ist die mangelnde causa efficiens der Unterlassung kein Geheimnis mehr[3]). Wohl aber kann die Unterlassung als kausal im

---

[10]) Wachenfeld 81, womit gemeint ist, daß die Frage der freien Willensbetätigung außerhalb des Streites der Deterministen und Indeterministen zu behandeln ist.
[11]) Sauer 425, Kaus. 213, Richter 49 analog im Zivilrecht, Mezger 133.
[12]) van Calker 23.
[13]) Traeger 9, v. Hippel II. 153, Mezger 133, Drost aaO. 3.
[14]) vgl. Binding Handb. I. 472, Traeger 110, Köhler 169, Gerland 126.
[15]) z. B. §§ 315, 361 Ziff. 5.
[16]) vgl. Clemens 12.
[17]) dazu kritisch: H. Mayer 163 ff.

[1]) vgl. auch Redslob 18 ff.
[2]) dazu eingehend Traeger 30 ff.
[3]) vgl. Finger I. 290, Traeger 20, v. Hippel II. 159, Z. 36/509 Anm. 29, Gerland 125, Hafter 76.

Sinne der conditio sine qua non bezeichnet werden. Es bedarf also keiner eigens für die Unterlassung zu schaffenden Quasi- oder Rechtskausalität[4]). Vielmehr wird der Ursachenzusammenhang zwischen der erwarteten Handlung und dem schädlichen Erfolg in der gleichen Weise wie beim aktiven Tun festgestellt, indem man aber umgekehrt fragt, ob die hinzugedachte (!) Bedingung den Erfolg verhindert haben würde[5]). Es handelt sich also auch hier um die gleiche externe Betrachtungsweise, die schon das Wesen der Unterlassung zu Tage förderte[6]). Die Antwort auf die Frage nach der Kausalität präzisiert sich darum folgendermaßen: Die Unterlassung eines Menschen ist dann ursächlich, wenn eine für ihn zwar mögliche und erwartete, aber nicht vorgenommene positive Handlung den Eintritt des Erfolges wahrscheinlich [Adäquanz[7])] verhindert hätte[8]).

Nicht nur durch diese normative Kausalitätsbestimmung, sondern durch die Bejahung der prinzipiellen Ursächlichkeit der Unterlassung überhaupt[9]) wird das Problem der Haftung für den Erfolg aus dem Kausalitäts- in den Rechtswidrigkeitsbereich verschoben[10]). Denn darüber herrscht kein Zweifel, daß nicht jede tatbestandsmäßige Unterlassung, sondern nur die rechtspflichtwidrige haftungsbegründend sein kann[11]). Damit ist man jedoch wieder an dem Punkt des von v. Liszt verurteilten dogmatischen Streites angelangt, von dem bereits Feuerbach[12]) ausgegangen war.

Es ist nun einerseits nicht richtig, nur gegen die erwartete Handlung den Vorwurf der zwangsläufigen Vermengung der Kausalitäts- mit der Rechtswidrigkeitsfrage zu erheben[13]), wie es andererseits unzutreffend ist, die theoretische Unterscheidung der erwarteten (kausalen) von der gebotenen (rechtswidrigen) Handlung aufrecht erhalten zu wollen[14]). Denn die erwartete Handlung ist als tatbestandsmäßige bereits formell rechtswidrig, so daß die kausale Handlung zugleich mit der vom Recht gebotenen identisch sein muß[15]). Zum selben Kreisschluß gelangen indes durch die tautologische[16]) Begriffsbildung der formellen Rechtswidrigkeit auch diejenigen Autoren, die die Unterlassung anders definierten. Denn jede tatbestandsmäßige Unterlassung ist doch zugleich formell rechtswidrig[17]),

---

[4]) vgl. Kohler Leitf. 29, v. Bar II. 269, Traeger 21.
[5]) vgl. Traeger Kaus. 72, Engisch 30, E. 63/393.
[6]) vgl. Kollmann Bresl. Abh. 91/173.
[7]) Sauer 454, v. Hippel II. 160.
[8]) vgl. Mezger 136.
[9]) vgl. M. E. Mayer 149, Beling Grd. 38, Frank 16.
[10]) deutlich: v. Liszt-Schmidt 173.
[11]) vgl. Traeger 66, Doerr 31, M. E. Mayer 190, Hafter 69, Beling aaO. 38, Frank 17, v. Hippel II. 161, v. Liszt-Schmidt 169.
[12]) vgl. Lehrb. 22.
[13]) vgl. v. Liszt-Schmidt 169 Anm. 1.
[14]) Mezger 137.
[15]) vgl. Schaffstein Gegenw. 88 Anm. 19.
[16]) M. E. Mayer 174.
[17]) vgl. Sauer 458 Anm. 1.

worauf ja schon die Verschiebung des Haftungsproblems von der Ursächlichkeits- in die Rechtswidrigkeitssphäre zurückzuführen war. Kein vulgärer Kausalitätsbegriff[18]), sondern die materielle Rechtswidrigkeit kann hier den Zirkel öffnen.

Zum Ganzen ist also zu sagen, daß die Unterlassung durch ihre psycho-physische Eigenart dem herrschenden Dogma mindestens an einer Stelle eine systemwidrige Ausnahme aufzwingt, so daß lediglich die Wahl bleibt, wo der Bruch zugegeben werden soll. Denn bezeichnet man die Unterlassung als gewolltes körperliches Verhalten, so muß man sich darüber hinwegsetzen, daß der Unterlassung weder Tun noch Wollen eigentümlich ist, und läßt somit die Systemwidrigkeit im Handlungsbegriff verschwinden (M. E. Mayer, v. Liszt-Schmidt). Wird jedoch das psycho-physische Nichts der Unterlassung zugegeben, so ist die Aufspaltung des strafrechtlichen Systems die Folge (Radbruch), wenn nicht ein normatives Element als gemeinsames Merkmal für Tun und Lassen die Einheit bewahren soll (Mezger). Rein äußerlich geht dies schon aus dem Aufbau der Lehrbücher von v. Liszt-Schmidt und Mezger hervor. Während v. Liszt-Schmidt den Stoff in den Allgemeinbegriff der Handlung (§ 28), das Tun (§ 29), das Unterlassen (§ 30) usw. gliedert, so muß Mezger folgende Gruppierung wählen: das Verbrechen als Handlung (§ 12), die Handlung als aktives Tun (§ 14), der Kausalzusammenhang (§ 15), die Unterlassung (§ 16), die Rechtswidrigkeit (§ 18). Die Unterlassung steht also zwischen der Kausalitäts- und der Rechtswidrigkeitslehre! Durch das Hereintragen des normativen Gesichtspunktes in den Unterlassungsbegriff wird daher schon der Keim zur Verschmelzung der Rechtswidrigkeits- mit der Kausalitätsfrage gelegt, die sich auch nicht durch die materielle Rechtswidrigkeit lösen läßt[19]). Denn die erwartete Handlung ist ja nicht nur gleichbedeutend mit der vom Recht gebotenen wegen der tautologischen Erklärung der formellen Rechtswidrigkeit, sondern wegen ihres normativen Charakters überhaupt. Setzt man nämlich für „vom Rechte geboten" eine materielle Rechtsformel, so ändert sich am Ergebnis nichts. Solange das Verursachungsdogma den Verbrechensbegriff beherrscht, darf man die Verquickung der Kausalitäts- mit der Rechtswidrigkeitsfrage nicht scheuen[20]).

---

[18]) vgl. Kitzinger Aphor. 29.
[19]) a. M. Schaffstein aaO. 88 Anm. 19.
[20]) vgl. auch Binding Norm. II. 98 Anm. 1 am Ende.

I. Hauptteil

Das unechte Unterlassungsdelikt im System der neutralen Rechtsidee

§ 3 Die formelle Rechtspflicht zum Handeln

Schon bei der Frage nach der Kausalität der unechten Unterlassung zeigte sich die Kongruenz zwischen Tatbestandsmäßigkeit und formeller Rechtswidrigkeit, so daß sich die Frage erhebt, warum letztere nicht schon zur Bestrafung wegen einer Kommission durch Unterlassung genügen kann[1]). Das StGB. beantwortet diese Frage nicht. Lehre und Rechtsprechung haben die Regeln entwickelt.

Zur Charakterisierung einer positiven Handlung als Unrecht genügt im allgemeinen die Feststellung ihrer formellen Rechtswidrigkeit. Dies besagt, daß eine Tätigkeit dann rechtswidrig ist, wenn sie ohne gesetzliche Rechtfertigungsgründe einen Tatbestand erfüllt[2]). Würde man nun bei der Bestimmung der Rechtswidrigkeit der unechten Unterlassung von dem Kreisschluß unveränderten Gebrauch machen, obwohl er folgerichtig auch bei ihr genügen müßte, da doch die Tatbestandsmäßigkeit bejaht wurde[3]), so würde jede kausale und damit formell rechtswidrige Unterlassung haftungsbegründend sein.

Dies wäre ein nicht nur dem Rechtsgefühl zuwiderlaufendes Ergebnis, sondern vor allem ein der neutralen Rechtsauffassung widersprechendes Resultat gewesen. Denn im neutralen Rechtsstaat steht die Freiheit des Individuums im Mittelpunkt des staatlichen Denkens. Der Grundsatz der Gewaltenteilung diente zur Sicherung der individuellen Freiheitssphäre. Frei sein, heißt im Sinne des Gesetzgebungsstaates nichts anderes, als nur dem Gesetz untertan sein.

Im Strafrecht wirkt sich diese Denkart dahin aus, daß die formelle Rechtswidrigkeit auf die unechte Unterlassung angewandt, dem Willen des Gesetzgebers offensichtlich widerspräche. Würde es doch bedeuten, daß durch das Verbot, einen verpönten Erfolg herbeizuführen, gleichzeitig das allgemein rechtsverbindliche Gebot aufgestellt würde, diesen Erfolg auch zu verhindern[4]). Die allgemeine Nächstenhilfe wäre ohne spezielle Vorschrift haftungsbegründende Rechtspflicht. Abgesehen davon, daß Schopenhauer[5]) das Gebot überhaupt mit dem Wesen des Rechts als nur verbietende Ordnung unvereinbar erklärt und es deshalb grundsätzlich ins Bereich der Moral verweist[6]), so

---

[1]) vgl. Traeger 26.
[2]) vgl. Doerr 63, Kohlrausch 11.
[3]) Sauer 458 Anm. 1.
[4]) vgl. Landsberg 187, Redslob 23.
[5]) vgl. Grundlage der Moral §§ 16 ff.
[6]) vgl. dagegen del Vecchio 193.

wäre aber die geschilderte Anforderung des liberalen Gesetzgebers zu einschneidend in die Freiheitssphäre des einzelnen, um stillschweigend in der Verbotsnorm enthalten zu sein. Denn ohne erhebliche Einschränkung der Handlungsfreiheit wird einerseits gefordert, gewisse Tätigkeiten, bei deren Vornahme das Gemeinleben gefährdet werden würde, zu unterlassen; andererseits sollte die Gesetzesauslegung möglich sein, daß der Normunterworfene durch die gleiche Vorschrift gehalten sein sollte, Gesundheit, Geld und andere Rechtsgüter daranzusetzen, um diese mißlichen Erfolge auch abzuwenden[7]). Die Tatbestände bieten für diese Interpretation nicht den geringsten Anhaltspunkt[8]). Und so ist es unstreitig, daß der Gesetzgeber durch das Aufstellen der Verbotsnorm grundsätzlich keine Strafbarkeit für denjenigen begründen wollte, der die darin mißbilligten Erfolge irgendwie nicht verhindert[9]). Deshalb hat die Lehre bei der Erfüllung des äußeren Tatbestandes durch Unterlassen die formelle Rechtswidrigkeit nicht genügen lassen, sondern den gleichzeitigen Verstoß gegen eine Rechtsnorm verlangt, die ein Handeln ausdrücklich gebietet[10]). Die Existenz der Rechtspflicht gehört dann zur Tatbestandsmäßigkeit[11]), wenn sie sich auch aus anderen Gesichtspunkten ergibt.

Schaffstein[12]) findet diese Begründung der doppelten Rechtswidrigkeit (Verstoß gegen Ver- und Gebot) nicht befriedigend; man muß aber zugeben, daß dies die einzige Möglichkeit war, der Besonderheit des unechten Unterlassungsdelikts innerhalb der neutralen Rechtsidee gerecht zu werden. Logisch ist die Pflichttheorie innerhalb der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung freilich nicht. Als Hilfskonstruktion soll sie nur dazu dienen, das unechte Unterlassungsdelikt im System des Erfolgsstrafrechts begründen zu können. Liegt daher einmal der doppelte Normverstoß vor, so steht die Verursachung des Erfolges seiner Nichthinderung gleich. Den Unterlassenden trifft dann die volle Strafe des Täters. Für irgendwelche Differenzierungen der Strafe aus anderen Gesichtspunkten, wie etwa dem der geringeren Intensität des verbrecherischen Willens des Unterlassungsverbrechers im Gegensatz zum aktiven Täter, ist im Strafrecht, das auf dem Gedanken des objektiven Unrechts basiert, kein Raum mehr[13]).

Die dogmatische Begründung des unechten Unterlassungsdelikts hatte die Gesetzeslücke nicht ausgefüllt, ohne heftige Kritik auf den Plan zu rufen. Die Beanstandungen wollten weniger die kriminalpolitische Notwendigkeit der Bestrafung wegen unechten Unterlassens anzweifeln, als vielmehr dessen aufgezeigte theoretische Konstruk-

---

[7]) vgl. Redslob 67, Traeger 67, Sauer 457.
[8]) vgl. M. E. Mayer 190.
[9]) vgl. v. Liszt-Schmidt 190.
[10]) vgl. Traeger 77, Hafter 70, Beling Grd. 38, v. Hippel II. 161, M. E. Mayer 191, Rittler I. 90, v. Liszt-Schmidt 190, Mezger 138.
[11]) Drost GS. 109/6.
[12]) Gegenw. 88.
[13]) vgl. Schaffstein Problematik 121 f., Gegenw. 91.

tion in Bausch und Bogen als einen groben Verstoß gegen § 2 StGB. alter Fassung — „das Bollwerk des Individuums gegen staatliche Allgewalt" — kennzeichnen, der dazu in dem Glauben begangen worden sei, gesetzesmäßig gehandelt zu haben[14]). Aber diese Meinung war vereinzelt[15]). Jedenfalls hat aber die Magna-Charta-Funktion des § 2 alter Fassung den Grundsatz bewirkt, daß die Pflicht zum Handeln als Rechtspflicht gesetzlich fundiert sein müsse[16]).

Die Lehre und die Rechtsprechung schöpfen die streng formale Rechtspflicht bekanntlich aus dem Gesetz oder der gesetzesgleichen Verordnung und aus Vertrag oder der beruflichen Stellung des Unterlassenden[17]). Innerhalb der Gruppe der gesetzlichen Pflichten nehmen die aus § 826 BGB. abgeleiteten eine umstrittene Stellung ein. Während von Liszt[18]) diesen Pflichten trotz ihres schuldrechtlichen Charakters eine strafrechtliche Bedeutung beimißt, so sind sie indes von der herrschenden Ansicht wegen der Gefahr der Verquickung von staatlichem Recht und außerstaatlicher Moral als strafrechtlich verbindliche abgelehnt worden[19]). Im übrigen sind aber sämtliche Pflichten zum Handeln, die das BGB., hier sind es namentlich die Unterhalts- und Fürsorgepflichten, das HGB.[20]) und das StGB.[21]) enthalten. als strafrechtlich relevant anerkannt worden. In Anbetracht der Ueberlebtheit dieser positivistischen Pflichtenableitung erübrigt sich eine ausführliche Darstellung des Einflusses namentlich der bürgerlich-rechtlichen Normen und der vertraglichen Pflichten auf die Konstituierung des unechten Unterlassungsdelikts, zumal dies erst in neuester Zeit, vom Standpunkt der nationalsozialistischen Rechtsanschauung betrachtet, in ausführlicher Weise geschehen ist[22]).

Seit Binding[23]) ist es nun herrschende Lehrmeinung, daß vorzüglich die außerstrafrechtlichen Rechtspflichten allein noch nicht genügen, um bei ihrer Verletzung eine Haftung für den Erfolg eintreten zu lassen. Denn wo geht z. B. aus den Unterhaltspflichten des BGB. hervor, daß bei ihrer Verletzung strafrechtliche Sanktionen verwirkt sind[24])? Es bedarf vielmehr innerhalb des Pflichtenkreises der Hereinnahme eines ausgesprochen strafrechtlichen Kriteriums, das der Rechtspflicht auch einen strafrechtlichen Charakter verleiht. Bindings Garantieprinzip[25]), entwickelt an der vertraglichen Pflichten-

---

14) vgl. Kraus Z. 23/790.
15) vgl. v. Hippel Z. 36/518.
16) vgl. Feuerbach Lehrb. 23, E. 10/101.
17) vgl. Beling aaO. 38, Doerr 64.
18) Deliktsobl. 73 f., ebenso: v. Alberti 28, Stammler Lehre 302, E. 30/125.
19) vgl. Traeger 78, Allfeld 116, Frank 19, v. Hippel II. 161 Anm. 3 und 166 Anm. 4, v. Liszt-Schmidt 190, Mezger 139, E. 39/397, 56/169, 63/292, 64/273.
20) vgl. E. 46/102.
21) vgl. S. 48 d. Darst.
22) vgl. Stucke 5 ff.
23) vgl. Norm. II. 516 ff.
24) vgl. Kantorowicz 51, H. Mayer 174.
25) vgl. aaO. 575 f.

übernahme — das Beispiel vom guten und schlechten Schwimmer, in welchem der schlechte im Vertrauen auf die zugesagte Hilfe durch den guten an einer gewagten Schwimmtour teilnimmt, ist geläufig — hat solch eine strafrechtliche Note der Rechtspflicht aufgezeigt; und zwar soll derjenige für eine Erfolgshaftung herangezogen werden können, der durch seine Pflichtenübernahme eine Gefahrenlage von einem anderen abzuwenden sich verpflichtet hat. Mezger[26]) hat daher für die zwei Gruppen von Rechtspflichten den Kardinalsatz aufgestellt, daß sie folgende bedeutsame Einschränkung gemeinsam haben: Wo ein Kommissivverbrechen durch Unterlassung mit strafrechtlicher Haftung für den Erfolg angenommen werden will, bedarf es des besonderen, im Wege der Auslegung des Gesetzes usw. zu gewinnenden Nachweises, daß die Begründung der Pflicht zugleich ein strafrechtliches Haftbarmachen für den Erfolgseintritt in sich schließt (Gefahrenlage). Eine mathematische Formel mag ein anschauliches Bild geben: objektive Tatbestandsverwirklichung + Rechtspflicht zum Handeln + Rechtspflicht zur Erfolgsverhinderung + Schuld = Haftung für den Erfolg.

Das Reichsgericht hat es mit dem strengen Erfordernis der Lehre, daß nicht jede versäumte Rechtspflicht eine Bestrafung wegen unechten Unterlassens rechtfertige, nie genau genommen[27]). Für das Reichsgericht genügte das Bestehen einer Handlungspflicht, um bei deren Verletzung und beim Vorhandensein des Kausalzusammenhanges[28]) eine Haftung für den Erfolg auszusprechen. Dadurch wurde namentlich auf dem Gebiet der Kuppelei einer Vielbestraferei das Wort geredet[29]). Die kriminalpolitische Notwendigkeit der auf diese Weise gewonnenen und umstrittenen[30]) Entscheidungen soll zwar nicht verkannt, aber die ihr zu Liebe außer der Nichtanwendung der Erfolgshaftungsregel außerdem begangenen rechtlich-logischen Ungenauigkeiten nicht unbeachtet gelassen werden.

Diese rührten nämlich daher, daß es das Reichsgericht bei der Ableitung der Rechtspflicht von der zivilen Norm unterließ, die Frage nach der Person des aus der Pflicht Berechtigten und nach der des Rechtsträgers und schließlich den juristischen Sinn der Pflicht[31]) näher zu prüfen. So sind zwei Eheleute wegen Kuppelei verurteilt worden, weil sie das unzüchtige Treiben ihres Dienstmädchens in der ehelichen Wohnung duldeten[32]). Das reichsgerichtliche Urteil entnahm die Rechtspflicht der Eheleute, der Unzucht Einhalt zu gebieten: für den Ehemann aus dem mit dem Dienstmädchen abgeschlossenen Dienstvertrag und der gleichzeitig übernommenen Fürsorge nach § 618 Abs. 2 BGB. und für die Ehefrau aus § 1356 BGB., welcher ihr das

[26]) S. 137, 140, 144.
[27]) vgl. E. 15/153, 51/127, 63/213.
[28]) vgl. E. 63/392.
[29]) E. 22/332, E. in GoltdArch. 53/164, E. 48/196.
[30]) vgl. Höpfner Z. 36/115 Anm. 11, Mezger 140, Schaffstein aaO. 77.
[31]) vgl. Dahm Z. 59/142.
[32]) E. aaO. 164.

Recht und die Pflicht gibt, der ehelichen Haushaltung vorzustehen. Diese Konstruktion der Rechtspflicht entsprach weder dem Sinn der zivilen Vorschriften noch dem tatsächlichen Sachverhalt. Denn die aus § 1356 BGB. abgeleitete Pflicht der Ehefrau zur Leitung des Hauswesens besteht nur dem Mann gegenüber, so daß daraus keine Aufsichtspflicht für den Lebenswandel der Hausangestellten gefolgert werden kann. Zum anderen hatte der Ehemann, indem er das unzüchtige Treiben des Mädchens zuließ, auf die Einhaltung der von seiner Frau ihm gegenüber schuldigen Pflicht zur einwandfreien Führung des Haushaltes verzichtet. Das Reichsgericht erhob also bürgerlich-rechtlich in unzulässiger Weise Personen zu Rechtsträgern, die von ihrem Recht augenfällig keinen Gebrauch machen wollten[33]).

Es ist nun nicht anzunehmen, daß sich das Reichsgericht der Inkorrektheit seiner zivilen Pflichtbegründung nicht bewußt gewesen sei; vielmehr wird es sich wohl von dem Gedanken haben leiten lassen, daß, strafrechtlich gesehen, der Träger des der Rechtspflicht entsprechenden Rechts auf Beobachtung der Pflicht die Gesamtheit ist, der gegenüber ein asozialer Rechtsverzicht — in Parallele zur unerheblichen Einwilligung des Verletzten[34]) — unwirksam ist.

Zum Ausgleich gegen die umfangreiche Erfolgshaftung hat das Reichsgericht in einigen Urteilen[35]) die Frage der Zumutbarkeit der Pflichterfüllung in die Waagschale geworfen. Aber nicht als Entschuldigungsgrund, sondern das Reichsgericht hat schon die Begründung der Rechtspflicht von der Zumutbarkeit der Betätigung des Verpflichteten abhängig gemacht. Da aber nach objektiver Unrechtsauffassung das Verbrechen als Rechtsgutsverletzung verstanden wird, so kann der Begriff der Zumutbarkeit im Bereich der Rechtswidrigkeit nur passieren, wenn man die Pflichtenkollision als subjektives Unrechtselement anerkennt[36]); anderenfalls ist die objektive Rechtspflicht fälschlich verneint[37]). Die Entscheidung des Reichsgerichts ist dadurch gerechtfertigt, daß es die Zumutbarkeit auch als subjektives Unrechtselement definiert[38]).

Die positivistische Methode zur Schöpfung von Rechtspflichten wird heute aus gutem Grunde abgelehnt[39]). Denn der Aufbau der bürgerlich-rechtlichen Materie atmet einen anderen Geist als der des Strafrechts. Hier Individualforderungen, dort Gemeinansprüche! Verpflanzt man darum einen Rechtssatz in ein ihm wesensfremdes System, so wird man bei seiner Entwicklung in ihm bald ad absurdum geführt. Wenn beispielsweise die zum Besuch bei ihrer kleinen Nichte weilende Tante sieht, wie das Kind in der Gefahr schwebt, von dem schlechtbefestigten Kronleuchter erschlagen zu werden, und es unterläßt, das

[33]) vgl. Maurach DeutStr. 36/120.
[34]) vgl. E. 6/61, 41/396.
[35]) vgl. E. 58/97, 226.
[36]) so Wachinger 516, 496, a. M. Mezger 173.
[37]) vgl. auch Maurach aaO. 117.
[38]) vgl. E. 61/242.
[39]) vgl. Schaffstein aaO. 70 ff., Drost aaO. 11 ff.

Kind aus dem Gefahrenbereich zu entfernen, so daß das Unglück geschieht, so würde die formelle Rechtspflichttheorie, konsequent durchgeführt, die vom Rechtsgefühl als selbstverständlich geforderte Bestrafung der Tante wegen unechten Unterlassens untersagen. Denn die Rechtspflichten zur Fürsorge und zum Unterhalt des Kindes obliegen nach BGB. nur den Eltern und den Verwandten gerader Linie[40]), aber nicht der Tante als Angehörige der zweiten Parentel. Aehnlich liegen die Dinge, wenn eine zivilrechtlich anfechtbare vertragliche Pflichtenbegründung die Grundlage der Erfolgshaftung bilden soll[41]). Jedes zivile Rechtsverhältnis, in dem der Unterlassende zu dem Geschädigten steht, muß für das Strafrecht unmaßgeblich sein, da die kriminelle Strafe das soziale Unrecht vergelten soll. Deshalb widerstrebt es auch, die Vorschriften des BGB. weiterhin auch nur als äußeren Rahmen für das Finden einer Erfolgshaftung zu verwenden; denn bereits durch diese Orientierung werden die zwei wesensfremden Rechtssysteme in Beziehung zueinander gebracht[42]).

§ 4 Die ausgedehnte Rechtspflicht zum Handeln

Mit Recht wird von Stucke[1]) die Begründung der Pflicht zum Handeln aus vorangegangenem Tun durch das Reichsgericht[2]) als Durchbrechung des Grundsatzes der gesetzlichen Fundierung der Handlungspflicht bezeichnet. Mag man auch den reichsgerichtlichen Satz als dem Gewohnheitsrecht entsprechend anerkennen[3]) oder nicht[4]), sicher ist es, daß durch ihn § 2 Abs. 1 StGB. alter Fassung zu Gunsten einer Ausdehnung der Handlungspflicht über die gesetzliche Rechtspflicht hinaus verletzt wurde[5]). Denn die gewohnheitsrechtlichen Pflichten begründen [im Gegensatz zu haben[6])] in Wahrheit ihre Existenz nicht außerhalb, sondern innerhalb des Tatbestandes, so daß dieser nunmehr unmittelbar auf die Unterlassung angewandt wird. Dadurch fällt aber die dem unechten Unterlassungsdelikt wesentliche doppelte Rechtswidrigkeit fort, und die Entscheidung beruht auf willkürlicher Betrachtung des einzelnen Falles[7]). Indes bietet dieser Streit namentlich vom Richterstuhl betrachtet wenig Interesse.

Anders verhält es sich dagegen mit der Frage über den Charakter der Vortat und den sich aus ihr ergebenden Umfang der Rechtspflicht. Muß die voraufgegangene Handlung rechtswidrig und schuldhaft, oder

---

40) vgl. E. 39/397 dazu Kitzinger Aphor. 29.
41) vgl. Schaffstein aaO. 79.
42) vgl. H. Mayer 175.

1) S. 5 u. 21.
2) vgl. E. 46/343 (ständige Rechtspr.).
3) Traeger 104, v. Hippel II. 161, Frank 18 (vorsichtig), Köhler 219, Rittler Z. 49/458, Doerr 64, v. Liszt-Schmidt 191, Mezger 146.
4) Höpfner Z. 36/116, Kantorowicz 50.
5) a. M. Gerland 129 mit Anm. 3, Frank 19, Mezger 146 mit Anm. 60.
6) vgl. S. 15 d. Darst.
7) vgl. H. Mayer 175.

braucht sie nur rechtswidrig oder schuldhaft gewesen zu sein, um eine Handlungspflicht mit Haftung für den Erfolg auszulösen? Kein Zweifel waltet zunächst darüber, daß die rechtswidrige und schuldhafte Vorhandlung eine Pflicht zur Erfolgsabwendung auferlegt[8]). Ebenso besteht auch keine Meinungsverschiedenheit darüber, daß die rechtmäßige, aber schuldhafte Vortat, wie z. B. die Notwehr, keine Pflicht zur Hilfe für den verletzten Angreifer nach sich zöge[9]). Unzutreffend hat hier Levi[10]) die Bejahung der Pflicht davon abhängig gemacht, ob die Abwehr auch die erforderliche Verteidigung gewesen sei. Liegt aber Notwehrexzeß vor, so ist die Tat weder rechtmäßig, noch ist der Täter bei schuldhafter Verkennung der Umstände entschuldigt[11]). Ueber die letzte mögliche Vertauschung von Rechtswidrigkeit und Schuld betreffs der Vorhandlung unterscheiden sich nun die Ansichten: Das Reichsgericht hat die Handlungspflicht bei rechtswidriger, aber schuldloser Vortat ohne weiteres bejaht[12]). Nicht so die Lehre, die hier zum größten Teil eine weitgehende Berücksichtigung der Lage des Einzelfalles verlangt. Das heißt, die Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung soll nicht abstrakt allgemeingültig, sondern unter Berücksichtigung namentlich der Interessen der Beteiligten[13]) durchaus konkret beinhaltet werden[14]). Mezgers schon im vorigen Paragraphen im Zusammenhang mit der Begründung der gesetzlichen Erfolgsabwendungspflicht zitierter Satz[15]) gibt deshalb auch nur eine Auslegungsregel an, nach welcher Methode im Einzelfall die Pflicht zu prüfen sei; und die Lehre entgeht somit wieder[16]) dem Vorwurf willkürlicher Verurteilung[17]) durch kritiklose Annahme gewohnheitsrechtlicher Pflichten. Redslob[18]) und Traeger[19]) lassen diese nötigen Einschränkungen vermissen.

Mit der Aufstellung der drei Rechtspflichtengruppen aus Gesetz oder gesetzesgleicher Verordnung, aus Vertrag oder Amt und aus vorangegangenem Tun waren die Möglichkeiten zur Entnahme von Handlungspflichten zwecks Begründung strafbaren unechten Unterlassens im wesentlichen[20]) erschöpft[21]). Man konnte somit nicht dem Fall gerecht werden, bei dem sich die Rechtspflicht zum Handeln auf keine der Gruppen zurückführen ließ, an dem sich aber das Unter-

[8]) vgl. E. 46/25, Höpfner aaO. 117, E. 60/77, Mezger 147.
[9]) vgl. Traeger 106, v. Hippel II. 166 Anm. 7, v. Liszt-Schmidt 191, Mezger 147.
[10]) vgl. S. 15.
[11]) vgl. Doerr 67.
[12]) vgl. E. 24/339.
[13]) vgl. Mezger 148.
[14]) vgl. Allfeld 116 Anm. 46, v. Hippel II. 165 Anm. 6, Frank 18, Mezger 147.
[15]) vgl. S. 17 d. Darst.
[16]) vgl. S. 19 d. Darst.
[17]) H. Mayer 176.
[18]) vgl. S. 64.
[19]) vgl. S. 104.
[20]) vgl. einige Untergruppen bei v. Hippel II. 163 u. 164 Anm. 2.
[21]) vgl. Beling Grd. 38 f.

lassungsproblem mit Vorliebe entzündet[22]). Es ist dies die bekannte Erscheinung des Spaziergängers, der einem Ertrinkenden den Rettungsring nicht zuwirft, obwohl er es mühelos hätte tun können. Deshalb ging schon seit langem die Neigung im Schrifttum dahin, die mehr oder weniger formellen Rechtspflichten durch strafrechtlich-materiale abzulösen. Es ist hier namentlich Traegers Herrschaftsbereich zu nennen[23]).

Traegers Theorie[24]) legt auch demjenigen eine Erfolgsabwendungspflicht auf, in dessen Herrschaftsbereich, gleichgültig ob durch Zufall oder Verschulden, für einen anderen ein gefahrdrohender Zustand eingetreten ist. Auf den ersten Blick besticht die Lösung, denn es scheint der Garantiegedanke in ihr verwertet, die Starre der formalen Pflichtenableitung und das quälende Erfordernis der Vorhandlung beseitigt zu sein. Es haben sich aber Bedenken gegen den Vorschlag erhoben, die es erzwangen, ihn wieder ad acta zu legen. Zunächst war nämlich der Zweifel nicht unberechtigt, ob der Herrschaftsbereich ein tatsächlicher oder ein rechtlicher sein soll[25]). Allerdings wird man eingedenk der Tendenz des Vorschlages, die Rechtspflichttheorie vor allem mit ihrer unfruchtbaren Bindung an das zivile Gesetz abzulösen, eher der Meinung sein müssen, daß der tatsächliche Einwirkungskreis gemeint ist[26]). Soll aber der rechtliche Herrschaftsbereich nicht unberücksichtigt bleiben, so erhebt sich sofort die Schwierigkeit, daß sich der rechtliche mit dem tatsächlichen Bereich in den seltensten Fällen decken wird. Durch die Verpflichtung auf den rechtlichen Herrschaftsbereich würde bei demjenigen, der über einen rechtlich weiten Herrschaftsraum verfügt, die Pflicht zur Erfolgsabwendung unbillig wachsen; denn man vergegenwärtige sich die Gefahrenzustände, zu deren Beseitigung der Eigentümer oder Besitzer eines weitläufigen Grundstückes dann verpflichtet wäre. Ebenso würde die Verpflichtung zur Erfolgsabwendung beim Vorhandensein eines nur tatsächlichen Einwirkungskreises auch unbillig erweitert. Man sträubt sich, dem zufälligen Gewalthaber über den Ablauf ihm völlig fremder, d. h. von ihm nicht in Lauf gesetzter Kausalreihen, eine so umfangreiche Haftung für die Verletzung der Handlungspflicht aufzuerlegen, daß er als Täter zu bestrafen wäre[27]).

Einen ähnlichen Vorschlag läßt R. Schmidt[28]) hören. Danach soll eine Rechtspflicht dann bestehen, wenn einzelne Personen zu einem Gefahrenereignis in eine so besonders nahe Beziehung getreten sind, daß nach dem regelmäßigen Verlauf von ihnen auch ohne eigentliche Rechtspflicht die Abwendung des Erfolgs als etwas Regelmäßiges, nach den gesellschaftlichen Begriffen Uebliches usw. er-

[22]) vgl. Preuß. Denkschrift 132.
[23]) vgl. Traeger 109, Richter 48.
[24]) vgl. dazu v. Hippel Z. 36/515 Anm. 42.
[25]) vgl. Höpfner aaO. 124 mit Anm. 23.
[26]) vgl. Traeger 108.
[27]) vgl. Sauer Kaus. 222, Maurach DeutStr. 36/116.
[28]) vgl. S. 99.

wartet werden darf. Diese antipositivistische Formulierung schlägt durch ihren Hinweis auf die gesellschaftlichen Begriffe eine Brücke zu der neutral-materiellen Rechtswidrigkeitslehre. Darin liegt aber auch ihre Schwäche. Denn wie zu zeigen sein wird, ist der Maßstab der Kulturnormentheorie ein wertrelativer und daher nicht geeignet, sich in der wertabsoluten Rechtsauffassung zu behaupten.

Der unbestreitbare Fortschritt der Gedankengänge Traegers und R. Schmidts war aber der, auf die Ableitung einer materiellen Erfolgsabwendungspflicht hingewiesen zu haben.

§ 5 Die materiell rechtswidrige Unterlassung

Der Gedanke, das unechte Unterlassungsdelikt mit Hilfe der materiellen Rechtswidrigkeit unter Ausschaltung der Rechtspflichttheorie zu konstituieren, ist nicht mehr neu[1]). Hatte es sich doch schon längst gezeigt, daß die innerhalb der strafrechtlichen Schutztheorie inkonsequente, weil eigens für das unechte Unterlassungsverbrechen geschaffene, Pflichtenlehre das Problem nicht zu lösen vermochte; zudem war die Methode der übergesetzlichen Rechtswidrigkeit rechtsphilosophisch dadurch vorgezeichnet, daß schon im neutralen Staat der Positivismus zu Gunsten einer auf das Ganze, auf die rationale Idee des Rechts gerichteten Betrachtung entthront worden war[2]).

Die Bestrafung der kausalen Unterlassung durch die materielle Rechtswidrigkeit begründen, heißt aber, den übergesetzlichen Unrechtsgehalt der erwarteten Handlung durch die Rechtsidee bestimmen. Denn die Grundsätze der materiellen Rechtswidrigkeitslehre dienen ja zur Rechtfertigung tatbestandsmäßiger Handlungen[3]) und würden unmittelbar auf die kausale Unterlassung bezogen gar keinen Sinn ergeben[4]). Wenn trotzdem die materielle Unrechtslehre dem Problem förderlich ist, so deshalb, weil sich in dem Maßstab zur Beurteilung der übergesetzlichen Rechtmäßigkeit eines tatbestandsmäßigen Verhaltens der Inhalt der Rechtsidee offenbart.

In der materiellen Rechtswidrigkeitslehre der Nachkriegsdogmatik ist die Zentralstellung des Rechtsgutsbegriffs unangefochten. Die Meinungen gehen nur darüber auseinander, ob sich der übergesetzliche Unrechtsgehalt einer Straftat, der die Verletzung oder Gefährdung eines Rechtsguts bedeutet, als eine Störung der individuellen oder sozialen Interessen selbst[5]) oder als eine Beeinträchtigung des Zustandes an dem vom Rechte berücksichtigten Durchschnittsinteresse[6]) darstellt[7]). Der umstrittene Charakter des Rechts-

[1]) vgl. Sauer 456 ff., Kaus. 214 ff., Kantorowicz 50, Kissin 91 ff.
[2]) vgl. Sauer 1.
[3]) vgl. Frank 139.
[4]) vgl. Kissin 70.
[5]) vgl. M. E. Mayer 21, Manigk HdRW. III. 297, v. Hippel I. 12, v. Liszt-Schmidt 4.
[6]) Mezger 199.
[7]) vgl. Oetker Z. 17/495, Binding Norm. I. 353, Doerr 40, Mezger 200.

gutsbegriffs kann hier indes dahingestellt bleiben[8]), denn wichtig ist allein, daß sich in seinem Wesen als Inbegriff bestimmter Lebensinteressen die Rechtsidee spiegelt[9]).

Im neutralen Staat, wo im Gegensatz zum autoritären der einzelne dem Gemeinwesen koordiniert gegenübersteht[10]), hat das Recht nur die negative Funktion, die individuelle Bewegungsfreiheit des einzelnen nur insoweit einzuschränken, als dies im Interesse der Aufrechterhaltung der staatlichen Gesellschaft erforderlich ist[11]). Es gilt, die Lebensinteressen von Individuum und Gesellschaft gegeneinander abzuwägen. In dieser Wahrung des Ausgleichsinteresses zwischen den individuellen und gesellschaftlichen Belangen findet man die neutrale Rechtsidee selbst[12]). Die Tatbestände sind also in der Weise auszulegen, daß die Interessenharmonie als rationale Idee des Rechts nicht verletzt werde[13]). Welches sind nun die Maßstäbe zur Ermittelung des Ausgleichsinteresses?

Im Anschluß an Dohna[14]) ist nach v. Liszt-Schmidt[15]) eine tatbestandsmäßige Handlung rechtmäßig, wenn sie sich als angemessenes (richtiges) Mittel zur Erreichung des empirisch gegebenen Zweckes des staatlich geregelten Zusammenlebens darstellt[16]). Diese Formulierung des Prinzipes enthält im Gegensatz zu seinen ursprünglichen Definitionen[17]) nur noch die Angemessenheit der Handlung als unbekannte Größe, so daß sich die Prüfung über die sachliche Richtigkeit der Zwecksetzung erübrigt, die sich namentlich Dohna[18]) auf der Grundlage der Lehren Stammlers[19]) angelegen sein lassen mußte. Da aber nun die Zwecke nicht die Mittel heiligen[20]), so bedeutet das Prinzip wiederum nicht mehr als eine formale Maxime, die noch der Ausfüllung bedarf[21]). Wann ein Mittel angemessen ist, beurteilt also nicht der regulative Satz selbst[22]), sondern vor allem die in der staatlichen Gemeinschaft erlebte Kulturanschauung[23]). Hier klingt die Zwecktheorie v. Liszt-Schmidts an die Kulturnormentheorie M. E. Mayers[24]) an, ohne daß diese selbst akzeptiert würde[25]). Da trotzdem

8) vgl. auch Allfeld 17 Anm. 7 Mitte.
9) vgl. Sauer 273 mit Anm. 3, M. E. Mayer 21 ff., 57, v. Hippel I. 10, v. Liszt-Schmidt 4, Mezger 198.
10) vgl. Höhn DeutR. 35/266.
11) vgl. Sauer 457, Berges DeutStr. 35/451.
12) vgl. Mezger 198 Anm. 4 am Ende.
13) vgl. Mezger 204.
14) vgl. Rechtsw. 50.
15) vgl. S. 187.
16) vgl. auch Sieverts 133.
17) vgl. Dohna aaO. 48, Eb. Schmidt Z. 49/376.
18) vgl. aaO. 48.
19) vgl. Rechtsphil. 199.
20) vgl. Eb. Schmidt aaO. 382.
21) vgl. v. Liszt-Schmidt 188 mit Anm. 23.
22) vgl. Mezger 243.
23) vgl. Eb. Schmidt aaO. 376.
24) vgl. S. 31 ff.
25) vgl. v. Liszt-Schmidt 106 Anm. 1 am Ende.

die Ausführungen zur Kulturnormentheorie für die Kulturanschauungen, wie sie die Zwecktheorie zur Ausfüllung ihrer formalen Maxime verwertet, in gleicher Weise zutreffen, so kann zur weiteren Frage, ob die Kulturanschauungen auch in der Lage sind, dem formalen Grundsatz materielles Blut zuzuführen, auf die Ausführungen zur Kulturnormentheorie verwiesen werden.

Der Sache nach läuft die vom Reichsgericht[26]) vertretene Güterabwägungstheorie auf dasselbe formale Ergebnis der Zwecktheorie hinaus. Denn das Güterabwägungsprinzip, das eine tatbestandsmäßige Handlung dann rechtmäßig erscheinen läßt, wenn durch sie ein höherwertiges Rechtsgut auf Kosten eines minderen gerettet werden soll, zeigt seinen formalen Charakter sogleich, wenn man die Frage nach der materiellen Werteinschätzung des Rechtsguts aufwirft[27]). Der Abwägungsgrundsatz selbst kann darüber keine Auskunft geben, sondern muß auf die allgemeinen Kulturanschauungen und auf die Rechtsidee selbst verweisen[28]).

Inwieweit ist nun die Kulturnormentheorie[29]), der auch die Absicht vorausging, das Wesen des Unrechts nicht wie Binding intern[30]) in der Gesetzeswidrigkeit zu begründen[31]), sondern extern im Bereich der den Rechtssätzen voraufgegangenen Kulturnorm zu finden[32]), geeignet, zur Ausfüllung der formalen Maximen zu dienen? „Rechtswidrig", sagt M. E. Mayer[33]), „ist dasjenige Verhalten, das staatlich anerkannten Kulturnormen widerspricht." Trotzdem das Prinzip negativ gefaßt ist, so wird es doch hauptsächlich zur Rechtfertigung tatbestandsmäßiger Handlungen verwandt[34]). Indem der Staat Kulturnormen anerkennt, so erhebt er sie zu Rechtsnormen[35]). Es erfolgt also in der Gesetzgebung durch die Aufstellung von Rechtssätzen nicht nur die Abgrenzung des rechtmäßigen vom rechtswidrigen Verhalten[36]), sondern zugleich die Feststellung, daß die Rechtsnorm der Kulturnorm entspricht[37]). Die Uebereinstimmung der übertretenen Rechtsnorm mit einer Kulturnorm ist mithin die Voraussetzung für die Rechtswidrigkeit der Gesetzesverletzung[38]).

Der wunde Punkt der Kulturnormentheorie ist vor allem der, daß ihr eine klare Begriffsbestimmung der Kulturnorm nicht gelungen ist[39]). Ist doch auch der Begriff Kultur ein recht unbestimmter. In

[26]) E. 61/242, 62/35, 137, 64/101, vgl. auch Mezger 239, Binding Handb. I 270.
[27]) vgl. Mezger 240.
[28]) vgl. Mezger 241.
[29]) vgl. M. E. Mayer 31 ff.
[30]) vgl. dazu Kohlrausch Irrtum 46 f.
[31]) Binding Norm. II. 155.
[32]) vgl. M. E. Mayer 44, Rechtsnormen 17.
[33]) S. 180.
[34]) vgl. M. E. Mayer 284 ff.
[35]) vgl. M. E. Mayer 45.
[36]) vgl. M. E. Mayer 51.
[37]) vgl. auch Dohna aaO. 68.
[38]) vgl. M. E. Mayer 180.
[39]) vgl. Kohlrausch Z. 24/740.

Deutschland versteht man beispielsweise unter Kultur etwas ganz anderes als in Frankreich. Des weiteren hinkt die Theorie daran, daß sich gerade im neutralen Staate die verschiedensten Kulturanschauungen kundtun, so daß die Frage offen bleibt, welche kulturelle Ansicht als herrschende der Rechtsnorm gleichgesetzt werden soll[40]). Der Hinweis auf das Urteil der führenden und kulturell tonangebenden Schicht[41]) ist nur sehr bedingt richtig. Denn nicht immer repräsentiert die Meinung der kulturell tonangebenden Schicht die Quintessenz der Ueberzeugungen der übrigen Volkskreise. Man denke nur an die politischen Anschauungen der tonangebenden Schicht vor der Französischen Revolution und vor dem nationalsozialistischen Umbruch im Reich. Im übrigen betrachtet die Theorie die Kulturanschauungen als tatsächlich und seelisch vorhanden[42]) und vermeidet dadurch jede Wertung des faktischen Unrechts. Die Theorie führt also von der normativen Rechtsidee weit weg[43]).

Die Kulturnormentheorie ist mithin nicht geeignet, die formalen Grundsätze der Zweck- und der Güterabwägungstheorie im Sinne der Ausgleichsidee auszufüllen. Damit entfallen auch die letztgenannten Wertmaßstäbe, um zur Gewinnung des materiellen Unrechts der tatbestandsmäßigen Unterlassung beizutragen. Es bleibt daher zu prüfen, ob die Prinzipien Sauers und Mezgers forthelfen.

Die Formulierung des materiellen Unrechts, wie sie Sauer[44]) im Sinne der Rechtsidee bringt, ist mit der Mezgers[45]) verwandt. Denn beide Maßstäbe haben den Nenner der „Förderung des Gemeinwohles" gemeinsam[46]). So ist nach Sauer ein Verhalten rechtswidrig, wenn es nach seiner allgemeinen Tendenz der staatlichen Gemeinschaft mehr schadet als nützt, und nach Mezger ist eine Handlung normwidrig, wenn sie dem kompossiblen Maximum der Interessenbefriedigung zuwiderläuft. Obwohl Sauer den Maßstab nur unmittelbar zur Kennzeichnung des individuellen Verhaltens gebraucht[47]), so gilt er doch auch als juristisches Grundgesetz für den Erlaß der staatlichen Gesetze. Das heißt, der Rechtssatz entspricht der Rechtsidee, wenn er nach seiner allgemeinen Tendenz dem Staat und seinen Gliedern mehr nützt, als daß er ihnen schadet[48]). Ebenso entspricht in der Ansicht Mezgers[49]) ein Ge- oder Verbot der Idee des Rechts, wenn sich in ihm das Streben nach einem Optimum der Interessenbefriedigung von Individuum und Gesellschaft offenbart. Daß der entsprechende Maßstab sowohl für die Bewertung der tatbestandsmäßigen Handlung als

---

40) vgl. Nagler Rechtsw. 293 Anm. 4, Stammler Theorie 429, Heinitz 90.
41) Heinitz 103, Jansen 51.
42) vgl. Heinitz 102, Wachinger 508.
43) vgl. Wolter Z. 48/45.
44) S. 286.
45) GS. 89/249.
46) vgl. Kissin 79.
47) vgl. Sauer 275.
48) vgl. Sauer 372, Rechtsphil. 217 f.
49) aaO. 249.

auch für den Rechtssatz gilt, ergibt sich aus der Ueberlegung, daß jede Vorschrift neben ihrer nützlichen Wirkung auch schädliche zeitigt. Diese liegen in der Einengung der individuellen Handlungsfreiheit, die zum allgemeinen Wohl des liberalen Staatsbürgers gehört[50]). Je stärker also eine Rechtsnorm die Handlungsfreiheit des einzelnen beschränkt, desto erheblicher muß der Nutzen sein, den die Allgemeinheit aus ihr zieht. Nur unter dieser Bedingung steht sie mit dem juristischen Grundgesetz im Einklang[51]).

Im Rahmen dieser neutralen Rechtsauffassung hat nun Kissin, auf den Ausführungen Sauers[52]) bauend, in umfassender Darstellung den Versuch unternommen, auf der Grundlage des Mehr-Nutzen- als -Schadenprinzips den Umfang der Erfolgshaftung der unechten Unterlassung abzustecken. Auch er geht zunächst davon aus, daß der grundsätzliche Unterschied der Erfolgsverwirklichung durch eine Handlung oder durch eine Unterlassung in der Ursächlichkeit des menschlichen Verhaltens liegt[53]). Denn ob jemand einen anderen mit Tötungsvorsatz ins Wasser stößt oder ihn schuldhaft nicht der Gefahr des Ertrinkens entreißt, ist vom Standpunkt der Kausalität betrachtet insofern nicht gleichbedeutend, als im letzten Falle der tatbestandsmäßige Erfolg des Todes auch bei der Nichtexistenz des Täters eingetreten wäre[54]). Würde nun ein Gesetz den Normunterworfenen mit Haftung für den Erfolg zwingen, die Ertrinkensgefahr von dem Bedrohten abzuwenden, so würde ein solches Gebot wesentlich schärfer in die natürliche Handlungsfreiheit eingreifen, als die Pflicht der Verbotsnorm, niemanden zu töten. Denn das Verbot beschränkt die Handlungsfreiheit des Individuums nur in einer einzigen Tat, während das Gebot jegliches andere Verhalten außer dem gebotenen zugleich verbietet[55]). Da eingangs festgestellt ist, daß die Rechtspflicht zum Handeln der zum Unterlassen eines Delikts entspricht[56]), so folgt daraus, daß beim Verstoß gegen beide Gesetzesarten die Rechtspflichtwidrigkeit die gleiche sein muß[57]). Diese Rechtspflicht zum Gehorsam gegen die Gesetze darf nun nicht tiefer in die Handlungsfreiheit des einzelnen eingreifen, als es zum Ausgleich der widerstreitenden Individual- und Gesellschaftsinteressen erforderlich ist, will sie nicht gegen die Rechtsidee des neutralen Staates verstoßen[58]). Die Verbotsnorm bezüglich des aktiven Tuns erfüllt diese Anforderung. Wird sie dagegen auch auf die ursächliche Unterlassung bezogen, so wird ihr Charakter dadurch gewandelt, als sie nunmehr eine intensivere Einschränkung der natürlichen Hand-

---

[50]) vgl. Redslob 67 f.
[51]) vgl. Kissin 83.
[52]) vgl. Kaus. 214 ff.
[53]) S. 91.
[54]) S. 92.
[55]) S. 93.
[56]) S. 6.
[57]) S. 7.
[58]) S. 95.

lungsfreiheit nach sich zieht. Daß auch unter der Anwendung der Verbotsnormen auf die Unterlassung die Vorschriften des Besonderen Teils des StGB. der staatlichen Gesellschaft mehr Nutzen als Schaden bringen, bedarf des Hinzutretens einer ausschlaggebenden Voraussetzung. Es muß entweder der Vorteil für die Gesellschaft so gewinnbringend sein, daß er den Mangel der Handlungsfreiheit ausgleicht, oder es darf im besonderen Fall das gebotene Tun die Handlungsfreiheit nicht mehr beschneiden, als es der negative Gesetzesbefehl bereits tut[59]). Ad 1 ist verständlich, daß die Hochwertigkeit des Rechtsguts den Eingriff in die persönlichen Interessen rechtfertigt[60]) und damit die Mehr-Nutzen- als -Schadentendenz der Verbotsnormen, erfüllt durch Unterlassung, klarlegt[61]). Unter der gleichen Intensität der Freiheitseinschränkung, wie sie eine Verbotsnorm hervorruft, ist ad 2 eine Erfolgsabwendungspflicht zu bejahen, wenn der Täter die Gefahr für den Eintritt des Erfolges selbst gesetzt hat[62]). Denn durch die gefahrbegründende Vortat ist der begriffliche Unterschied zwischen ursächlichem Tun und Unterlassen, welcher die am Maß der Handlungsfreiheit gewertete Verschiedenheit der Ge- und Verbotsnormen bedingte, für die Betrachtung aufgehoben[63]), so daß die nunmehrige Auferlegung einer Pflicht zur Erfolgsverhinderung nach der Idee des neutralen Rechts die Handlungsfreiheit des einzelnen nicht mehr kupiert, als es die am Mehr-Nutzen- als -Schadenprinzip orientierten Verbotsnormen ohnehin tun[64]). Die Anknüpfung an die gefahrbegründende Vortat ist unvermeidbar, da ein abstraktes Erfolgsabwendungsgebot mit der Idee des Rechts in Widerspruch stünde[65]), so daß die Unterlassung ihren materiellen Unrechtsgehalt erst aus dem gefahrbegründenden materiell-rechtswidrigen Vorakt erhält[66]). Da also diese voraufgegangene Tat auf die Unterlassung im Sinne der Ausführungen Sauers[67]) nachwirkt, so ist die Meinung Maurachs[68]) unverständlich, Kissin habe, den Standpunkt Sauers verlassend, die materielle Rechtswidrigkeit auf die Unterlassung selbst bezogen. Im Gegenteil, es bedingt gerade analog zur Vortat die rechtlich-soziale Stellung des Täters die Rechtswidrigkeit der Unterlassung[69]). Diese Täterposition wird in materiell-rechtlicher Hinsicht nach den gleichen Gesichtspunkten der vertraglichen Stellung[70]), der familienrechtlichen

---

[59]) S. 99.
[60]) vgl. auch v. Hippel Z. 36/517, Niethammer Z. 57/440.
[61]) S. 100.
[62]) S. 101.
[63]) S. 102.
[64]) S. 103.
[65]) S. 105.
[66]) S. 106.
[67]) vgl. Kaus. 216.
[68]) DeutStr. 36/115 Anm. 5.
[69]) S. 108.
[70]) S. 109 f.

Bindung[71]) oder der beruflichen Eigenschaft[72]) umrissen, von denen die alte Lehre formal die Pflichtenbegründung ableitete.

Die Ergebnisse Kissins decken sich also mit denen der Rechtspflichttheorie. Dieses wird ihm nicht zu Unrecht zum Vorwurf gemacht. Denn anstatt das materielle Prinzip an den Einzelfall anzulegen, wird es zum Aufbau von Fallgruppen verwandt, die notwendigerweise wieder zu einer Starre des Grundsatzes führen müssen[73]). Fehl geht aber m. E. der Tadel, daß Kissin die Abhängigkeit der Bestrafung der Unterlassung von politisch-weltanschaulichen Gründen nicht aufgezeigt habe[74]). Denn wenn die Weltanschauung auch nicht expressis verbis genannt ist, so wird doch durch das Abstellen auf das Ausgleichsinteresse der neutralen Rechtsidee der weltanschauliche Hintergrund genügend beleuchtet und sichtbar gemacht[75]).

§ 6 Die Entwürfe von 1909 bis 1930

Wo in den Entwürfen der Vor- und Nachkriegszeit dem Problem des unechten Unterlassungsdelikts Rechnung getragen wurde, da handelte es sich um die Fixierung der aufgezeigten Lehrmeinungen und der reichsgerichtlichen Grundsätze. Was den Vorentwurf 1909 daran gehindert hatte, über die umstrittene Frage eine Regelung zu treffen, ist nicht ersichtlich, obwohl schon lange vorher der dringliche Aufruf an den Gesetzgeber ergangen war[1]).

Erst der Kommissionsentwurf 1913 kam in § 24 dem Verlangen durch folgenden Gesetzesvorschlag nach: „Wegen Herbeiführung eines Erfolges durch Unterlassung ist nur strafbar[2]), wer rechtlich verpflichtet war, den Eintritt des Erfolges durch Handeln zu verhindern. Diese Pflicht besteht auch für den, der durch seine Tätigkeit die Gefahr des Eintritts des Erfolgs herbeigeführt hat." Ferner führte der Entwurf[3]) zur Frage des Verhältnisses von Omissivdelikt und Kommissivverbrechen durch Unterlassung[4]) aus, daß die Bestrafung wegen echter Unterlassung nur hilfsweise eintrete, falls nicht die schwerere aus § 24 verwirkt sei.

Mit diesem § 24 stimmte wieder § 16 des Entwurfes 1919 wörtlich überein. Wie die Begründung[5]) dazu ersehen läßt, sollte insbesondere die Pflicht zum Handeln auch bei schuldloser Vortat[6]) gesetzlich festgelegt werden. Dagegen sollten nicht die Rechtspflichten

---

71) S. 108.
72) S. 113 f.
73) vgl. Stucke 41 f.
74) vgl. Stucke 42.
75) vgl. Schaffstein Z. 54/132.

1) vgl. Kraus Z. 23/791.
2) vgl. auch Mezger MonKrimPsych. 13/52.
3) vgl. Ebermayer 98.
4) vgl. S. 48 d. Darst.
5) S. 27.
6) vgl. E. 24/339.

der Omissivtatbestände zur Konstituierung der unechten Unterlassung dienen. Denn die Gebote waren schon darauf zugeschnitten, die Fälle unsittlichen Unterlassens zu erfassen, so daß die Ausfüllung des § 16 durch jene Rechtspflichten doch noch den Einzug der Moralwidrigkeit ins Gebiet der unechten Unterlassung bedeutet hätte[7]).

In § 14 des Amtlichen Entwurfes 1925 erhielt § 16 des Entwurfes 1919 im wesentlichen nur eine äußerlich veränderte Fassung. So versuchte man vor allem den Abs. 2 zu präzisieren, indem man den Erfolg als bestimmten charakterisierte. Dies war jedoch überflüssig, da überhaupt nur ein tatbestandlicher Erfolg in Betracht kommen konnte, der ohnehin keiner Modifikation tatsächlicher Art mehr bedarf[8]).

Nachdem auch der Reichstagsentwurf 1927 in § 22 grundsätzlich alles beim alten beließ, wurde er schließlich im Reichstagsausschuß 1928 wieder gestrichen. Eine Maßnahme, worüber die Meinungen geteilt waren[9]).

Der Entwurf 1930 enthielt folglich keine allgemeine Bestimmung, aber in § 307a die Anbahnung einer feineren Differenzierung von Begehungs- und Unterlassungsverbrechen[10]).

---

[7]) vgl. v. Hippel II. 168 f.
[8]) vgl. Sauer Kaus. 218.
[9]) zustimmend: Sauer aaO. 219, Mezger 150, dagegen: v. Hippel II. 169.
[10]) vgl. Mezger 150.

II. Hauptteil

Das unechte Unterlassungsdelikt im System der nationalsozialistischen Rechtsidee

§ 7 Der Entwurf der Amtlichen Strafrechtskommission

Die Preußische Denkschrift von 1933 leitete als Vorläuferin des Amtlichen Entwurfes die nationalsozialistische Strafrechtsepoche ein, d. h. dem Gedanken des materiellen Unrechts wurde endgültig der Vorrang gegeben[1]). Und so war es selbstverständlich, daß auf dem Gebiet des unechten Unterlassungsdelikts mit dem Grundsatz der formalen Rechtspflicht zum Handeln gebrochen wurde[2]). Nicht nur der rechtlich Verpflichtete soll gehalten sein, einen Erfolg abzuwenden, sondern auch derjenige, von dem es das gesunde Volksempfinden fordern kann. Nicht unberücksichtigt sollte bleiben, inwieweit dem Unterlassenden ein Handeln zugemutet werden konnte. Diese Auffassung der Denkschrift ist zwar grundsätzlich, aber nicht dem Umfange nach gebilligt worden[3]). Denn die Denkschrift ließ eine maßvolle und sorgfältige Umgrenzung der in Betracht kommenden Fälle vermissen. Vorsichtiger waren dagegen die Nationalsozialistischen Leitsätze[4]), die einen besonderen Treupflichtverstoß des Unterlassenden forderten.

Im Gegensatz zum Amtlichen Entwurf begründet die Denkschrift die Strafbarkeit der unechten Unterlassung nicht nur durch das gesunde Volksempfinden, sondern durch die Zumutbarkeit. Damit erhebt sich die Frage, ob die Schuld für das Delikt konstitutiv werden soll, wodurch wiederum die Scheidung von Rechtswidrigkeit und Schuld problematisch würde, oder ob die Zumutbarkeit lediglich als subjektives Unrechtselement, in welcher Eigenschaft es schon bei oben besprochenen Entscheidungen durch das Reichsgericht verwandt wurde, in Erscheinung treten soll. Zweifellos wollte die Denkschrift die Zumutbarkeit als subjektives Unrechtselement gewertet wissen. Denn die Schrift des preußischen Justizministers stand noch ganz auf dem Boden der Rechtsgutstheorie und sah auch das Willensstrafrecht unter dem Aspekt der Rechtsgutsgefährdung[5]). In der zeitgenössischen Literatur dagegen wurde schon der Gedanke der Verschmelzung von Rechtswidrigkeit und Schuld vertreten[6]).

Der Entwurf der Amtlichen Strafrechtskommission ist den Spuren der Preußischen Denkschrift gefolgt. Bei ihm macht sich aber

---

[1]) vgl. Denkschr. 116.
[2]) vgl. Denkschr. 132.
[3]) vgl. Mezger DJZ. 34/97, Sauer DeutStr. 34/187, Schaffstein Z. 53/609.
[4]) vgl. S. 32.
[5]) vgl. Denkschr. 112.
[6]) vgl. Schaffstein Problematik 28 ff., Dahm ZStaat. 95/288.

der Einfluß des Schrifttums insofern bemerkbar, als er das Wesen des Verbrechens nicht mehr im Angriff auf ein geschütztes Rechtsgut erblickt, sondern die Straftat in erster Linie als Mißachtung des Gemeinschaftsethos durch den Täter deutet[7]). Der Verbrechensbegriff als Rechtsgutsverletzung tritt damit weit in den Hintergrund.

Da der Pflichtverstoß gegen die völkische Sittenordnung augenfällig dem Unterlassungsdelikt zu Grunde liegt, so kommt der Amtliche Entwurf zu folgendem Gesetzesvorschlag[8]): „Wer es unterläßt, eine Schädigung abzuwenden, wird wie der Handelnde beurteilt, wenn er nach gesundem Volksempfinden als Täter oder Teilnehmer verantwortlich ist." Diese Formulierung läßt wiederum eine allzu weite Ausdehnung des unechten Unterlassungsdelikts befürchten, selbst wenn die Haftung des Täters durch den tatbestandsmäßigen Erfolg abgegrenzt wird, wie es Maurach[9]) schon in bezug auf die Denkschrift meinte. Es bedeutet der Begriff des gesunden Volksempfindens, der als gewohnheitsrechtlicher gemeinsame Grundlagen mit der historischen Rechtsschule aufweist[10]), nicht das vollkommene Zusammenfallen von Recht und Moral. Denn es gibt nach wie vor sittliche Grundsätze, die rechtlich indifferent sind[11]). Versäumte sittliche Pflichten werden also keine Grundlagen zur Verurteilung bilden. Wie aber zu zeigen sein wird, so ist die die Pflichterweiterung ausgleichende Einschränkung der Erfolgshaftung dadurch, daß der Unterlassende gleichzeitig als Täter oder Teilnehmer des Delikts verantwortlich sein müsse, zu ungenau, um klares Recht für die Bestrafung wegen unechten Unterlassens zu geben.

§ 8 Die rechtswidrige Unterlassung

Die völkische Weltanschauung ist im Gegensatz zu der im neutralen Staat entwickelten eine absolut werterfüllte[1]). Denn der nationalsozialistische Staat drückt allem, was seiner Idee widerspricht, den Stempel des Unwertes auf. Der Inbegriff des höchsten Wertes ist nach nationalsozialistischer Ideologie nicht der Staat selbst, sondern das Volk[2]). Daraus leitet sich alles weitere ab: Zum ersten, daß aus dem vieldeutigen Begriff Volk ein fester, greifbarer Rechtsbegriff zu schmieden ist. Mezger[3]) hat dies durch das Herausstellen dreier konkreter Merkmale unternommen. Er sieht sie in der Geschichte des deutschen Volkes, in seiner Bestimmung durch Rasse[4]) und Landschaft und schließlich in seinem einheitlichen politischen und kulturellen

---

[7]) vgl. Gürtner-Freisler 62.
[8]) entnommen Gürtner-Freisler 90.
[9]) DeutStr. 36/117.
[10]) vgl. Peters DeutStr. 38/339 ff.
[11]) vgl. Sauer aaO. 179, Schmelzeisen 35, Siegert 10.
[1]) vgl. Larenz ZKult. 34/44.
[2]) vgl. Sauer DeutStr. 34/183.
[3]) Z. 55/9.
[4]) vgl. auch Freisler DJ. 34/472, Schaffstein JW. 34/2028.

Gestaltungswillen. Das Volk ist also nicht mehr eine Vielheit gegeneinander wirkender und letztlich nur durch einen lebensnotwendig bedingten Zweck zusammengehaltener Individuen, sondern es ist gleichsam zu einer übernatürlichen, von einem politischen Willen beseelten Person geworden. Auch jenseits des Rheins spricht man z. B. nicht von einem französischen Volk, sondern man denkt an ein lebendiges und wirkendes Wesen „La France", freilich ohne dieser idealen Vorstellung die Wendung ins Politische zu geben.

Welche Folgen hinsichtlich des Inhaltes der Rechtsidee ergeben sich nun aus der Tatsache, daß das deutsche Volk in einer einzigen Weltanschauung politisch geeint ist? Grundsätzlich ist Recht, was dem deutschen Volke nützt, und Unrecht ist, was ihm schadet[5]). Die Frage, ob in dieser programmatischen Fassung der Maßstab auch als Rechtfertigungsgrund tatbestandsmäßiger Handlungen gelten soll, ist bereits aufgerollt. Das Schöffengericht Lüneburg hat im November 1938 eine Jüdin von der Anklage der versuchten Abtreibung freigesprochen, weil § 218 StGB. den Charakter einer völkischen Schutzbestimmung habe. Der Inhalt der Rechtsnorm könne deshalb nicht angewandt werden, den Nachwuchs einer Rasse zu schützen, die dem deutschen Volke entgegenstehe[6])*).

Des weiteren gibt die Neubeinhaltung der Rechtsidee der Meinung Raum, daß nunmehr die Rechts- und die Sittlichkeitsidee keine Gegensätze mehr seien, so daß auch die materielle Rechtswidrigkeit mit der völkischen Sittenwidrigkeit übereinstimme[7]). Diese Spannweite der Rechtswidrigkeit ließ in der Amtlichen Strafrechtskommission Stimmen laut werden, die eine Ausuferung des Verbrechensbegriffes befürchteten[8]). Demgegenüber ist aber daran zu erinnern, daß ein Verstoß gegen die völkische Sittenordnung erst zum strafbaren Vergehen wird, wenn er sich zugleich unter einen gesetzlichen Tatbestand subsummieren läßt. Durch die nicht tatbestandsmäßige, aber sittenwidrige Handlung, wie z. B. Bruch eines Eheversprechens, mag sich der Täter die Mißachtung der Gemeinschaft zuziehen; der Strafrichter aber, der sich auch de lege ferenda an den Tatbestand oder dessen Grundgedanken halten muß, darf über den Sünder nicht den Stab brechen[9]).

Aus der Gleichsetzung der Rechtswidrigkeit mit der Sittenwidrigkeit ergibt sich nun die bedeutsame Konsequenz, daß dadurch

---

[5]) vgl. Schmelzeisen 36.

[6]) mitgeteilt in der Frankfurter Zeitung (Reichsausgabe) vom 13. November 1938 Nr. 580—581 S. 2.

*) M. E. ist hier das Wesen der völkischen Schutznorm überspitzt worden. Denn nach der schöffengerichtlichen Ansicht würde die Ermordung eines Juden in Deutschland straflos sein, eine Konsequenz, die sich aber nicht mit dem Ziel der Staatsführung vertrüge, den Juden die strafrechtliche Stellung eines Gastvolkes zu geben.

[7]) vgl. Schaffstein Z. 55/19.

[8]) vgl. Henkel Z. 55/37.

[9]) vgl. Maurach DeutStr. 36/117.

der Pflichtgedanke zum tragenden Fundament des Strafrechts wird. Denn die sittliche Bewertung einer Tat mißt deren Unrechtscharakter nicht an ihrem objektiven Erfolg, sondern das ethisch beeinflußte Unwerturteil knüpft an die innere Haltung des Menschen, an das Subjektive an. Damit würde die Trennung zwischen Rechtswidrigkeit und Schuld, die im Laufe des 19. Jahrhunderts scharf durchgeführt wurde[10]), nunmehr restlos aufgehoben sein[11]). Die Schuld als Rückgrat der Verbrechenslehre würde bedeuten, daß eine Umkehr in der Systematik dergestalt einträte, daß der objektiven Verwirklichung des Willens in der äußeren Handlung die gleiche sekundäre Bedeutung zukäme, wie sie im objektiven Unrechtssystem die Schuld innehat[12]). In diesem System würde der subjektive Zumutbarkeitsgedanke für das unechte Unterlassungsdelikt konstitutiv sein. Dies würde für die Begründung der Rechtsfigur vorteilhaft sein; denn daß die Zumutbarkeitsfrage bei den Unterlassungsverbrechen eine bedeutendere Rolle spielt als bei den Tätigkeitsdelikten, ist oben bereits deutlich geworden[13]). Indes steht der Text nicht auf dem Boden des subjektiven Unrechts.

Gegenüber den Bestrebungen, die Rechtswidrigkeit in der Schuld aufgehen zu lassen[14]), hält die andere Meinung im wesentlichen[15]) an der Scheidung von Unrecht und Schuld und an der Auffassung des Verbrechens als Rechtsgutsverletzung fest[16]). Denn auch dem neuen Strafrecht komme in erster Linie die Schutzfunktion außerstrafrechtlicher Güter zu, wodurch die objektive Beinhaltung der Rechtswidrigkeit entschieden sei[17]). Andererseits schließt dies keine Subjektivierung der Rechtswidrigkeit im Sinne des Willensstrafrechts aus[18]). Die m. E. richtige Auffassung geht davon aus, daß im nationalsozialistischen Staat die Volksgemeinschaft verwirklicht werden soll. Das Recht ist zuvörderst berufen, ein Beschützer (!) dieser Idee zu sein. Es ist daher bei der Bestimmung des materiellen Unrechts einer Tat nicht auf den Ursprung der Normen zurückzugehen, als vielmehr ihre Zielrichtung ins Auge zu fassen; denn durch die strafrechtlichen Tatbestände will der Gesetzgeber den Schutz des Gemeinschaftslebens vor volksschädlichem Verhalten sichergestellt wissen. Auf dieser Grundlage der Rechtswidrigkeit als Volksschädlichkeit ist eine Handlung rechtswidrig, wenn sie ein gemeinschaftswidriges Verhalten gegen das Rechtsgut des Volksgemeinschaftsinteresses[19]) darstellt,

[10]) vgl. Schaffstein Problematik 31.
[11]) vgl. Thierfelder 87, Dahm ZStaat. 95/288, Natsoz.Str. 18, Wolf Z. 54/552, Schaffstein aaO. 28 ff., Z. 55/31 ff.
[12]) vgl. Thierfelder 89 Anm. 2, Dahm Natsoz.Str. 18, Schaffstein Problematik 31, Z. 55/34.
[13]) vgl. Stucke 85.
[14]) vgl. schon v. Ferneck I. 94.
[15]) vgl. Mezger Z. 57/694 Anm. 53.
[16]) vgl. Klee DeutStr. 36/1.
[17]) vgl. Mezger Z. 55/16.
[18]) vgl. Schwinge-Zimmerl 44, Mezger aaO. 17.
[19]) vgl. Berges DeutStr. 35/448, Mezger Grd. 58.

oder kürzer: wenn sie der nationalsozialistischen deutschen Weltanschauung widerspricht[20]).

Im Zuge der völkischen Strafrechtserneuerung ist das Verhältnis von Rechtswidrigkeit und Tatbestand wiederum einer heftigen Kritik unterzogen worden, die darin gipfelt, daß Begriff und Wort des Tatbestandes aus der Strafrechtsdogmatik verschwinden sollten[21]). Denn die Aufspaltung des Verbrechens in einen wertenden Rechtswidrigkeitsbegriff und in einen mehr oder weniger indifferenten Tatbestand sei als normativistisches Rechtsdenken, das in der fälschlichen Trennung von Sein und Sollen, von Wirklichkeit und Wert, von Faktum und Norm seine Wurzel habe, nicht geeignet, das Wesen der Straftat zu erfassen[22]). Der Verbrecher (!) begehe keine tatbestandsmäßige, an sich neutrale Handlung, die erst durch einen nachfolgenden Bewertungsakt (Rechtswidrigkeitsbestimmung) ihren rechtlichen Charakter erhalte, vielmehr sei schon die Tat als solche ein sinnvolles Ganzes[23]). Das unfruchtbare normativistische An-sich-Denken will Dahm[24]) dadurch beweisen, daß er sogar der Lehre letzten Standes[25]) vorwirft, sie bezichtige auch den operierenden Arzt einer Begehung der Körperverletzung an sich. Aber Frank[26]) betont ausdrücklich, daß der zu Heilzwecken erfolgte Eingriff des Arztes bereits an sich keine Körperverletzung, sondern eine rechtmäßige Handlung darstelle, die demnach auch keine, die Rechtswidrigkeit ausschließende, Einwilligung des Patienten erfordere. Ja, es ist direkt ein Fehler, die Erfüllung des Tatbestandes „als an sich rechtswidrig" zu bezeichnen, sagt Mezger[27]), weil der Tatbestand der eigentliche Träger strafrechtlicher Unrechtsbewertung ist[28]). Auch diejenigen Tatbestände, die in normativer Hinsicht rechtsindifferent, sogar völlig farblos sind[29]), genügen auf ihre Weise dem rechtslogischen Erfordernis, Prägungen der materiellen Rechtswidrigkeit zu sein[30]). Es ist also keineswegs der Fall, daß das normative Rechtsdenken der rechtlichen Eigenart konkreter Handlungen von vornherein nicht gerecht werde[31]). Wenn Dahm die gegenteilige Ansicht namentlich im Anschluß an Hofacker[32]) auf die Begründung der Urteile in den Leipziger Kriegsprozessen stützt, so ist diese Beweisführung nicht durchschlagend. Denn das Reichsgericht verhandelte unter dem Druck der Entente, d. h. wissenschaftliche Erkenntnisse mußten wohl zur Er-

---

[20]) vgl. Mezger Z. 55/9, H. Mayer DeutStr. 38/78.
[21]) Dahm Grundfr. 89, Z. 57/269 Anm. 105.
[22]) Dahm Grundfr. 62.
[23]) Dahm aaO. 64.
[24]) aaO. 65.
[25]) vgl. aaO. 66 Anm. 9.
[26]) vgl. S. 477 f.
[27]) vgl. Vom Sinn 7.
[28]) vgl. Mezger 176, 205, Grd. 64.
[29]) z. B. §§ 292, 293 StGB.
[30]) vgl. Sauer GS. 113/81 ff.
[31]) vgl. v. Liszt-Schmidt 186.
[32]) vgl. Z. 43/649 ff.

füllung eines bestimmten politischen Zweckes zurechtgebogen werden. Der Sieg des Bürgers über den Soldaten[33]) war deshalb nur ein Scheinsieg. Spätere Urteile des Reichsgerichts[34]) haben mit der Denkart von 1921 nichts mehr gemein. Nicht erbracht ist also der angebotene Beweis, daß das tatbestandliche Denken innerhalb der staatlichen Ordnung ein zersetzendes, volksfremdes sei[35]). Neuerdings nimmt aber auch Dahm[36]) eine andere Stellung zum Tatbestand ein.

Unterscheidet sich die materielle Norm des neutralen Staates von der des völkischen durch die Gemeinschaftsbezogenheit der letzteren, so ist damit aber nicht ohne weiteres gesagt, daß die von der neutral materiellen Rechtswidrigkeitslehre gefundenen Formeln keinen brauchbaren Rahmen für die neue völkische Beinhaltung der Rechtswidrigkeit abgäben. Denn trotz der Wesensverschiedenheit beider Rechtswidrigkeiten vermögen sie sich in der gleichen Formel auszudrücken, wenn nur der Sinn dahinter ein anderer ist[37]). Die Möglichkeit der Beibehaltung der neutralen Definitionen ist namentlich bei denen gegeben, die an der Gemeinwohlförderlichkeit der übergesetzlichen Norm orientiert waren. So hat Mezger[38]) auch an seiner Realdefinition festgehalten und ihr eine neue materielle Bestimmung zuerkannt. Ebenso könnte man auch Sauers Definition, daß diejenige Handlung rechtswidrig sei, die nach ihrer allgemeinen Tendenz dem Staate und seinen Gliedern mehr schadet als nützt, neues Leben einhauchen, indem man die Mehr - Nutzen - als -Schadentendenz eines Verhaltens ausschließlich in Hinsicht auf ihren größeren Vor- und Nachteil für die Volksgemeinschaft prüft[39]). In den Mittelpunkt der Erwägungen hat anstatt des Verhältnisses von individueller Freiheit und staatlichem Zwang das Für und Wider im Interesse der Volksgemeinschaft zu treten.

Welche Aussichten bietet nun die völkisch-materielle Rechtswidrigkeitsidee zur Konstituierung des unechten Unterlassungsdelikts? Es soll vorerst nur von derjenigen die Rede sein, die von der Rechtsgutstheorie des Strafrechts ausgeht; denn die Auffassung des Verbrechens als Pflichtverletzung spitzt sich noch auf andere Probleme zu[40]). Sagt man also, der Unterlassende hat rechtswidrig gehandelt, wenn seine Unterlassung die Interessen der Volksgemeinschaft verletzte, so erhellt es, daß diese Begründung der Erfolgshaftung einen problematisch weiten Spielraum läßt. Denn jede tatbestandsmäßige Unterlassung wäre dann rechtswidrig, wenn nach gesundem Volksempfinden, das ja die Interessen der Volksgemein-

---

33) Dahm aaO. 72.
34) vgl. E. 61/242, 62/137.
35) vgl. Mezger Leitf. 84.
36) vgl. Z. 59/135.
37) a. M. Dahm Z. 57/228.
38) vgl. Z. 55/7.
39) vgl. Sauer aaO. 183.
40) vgl. S. 39 d. Darst.

schaft abwägt, der Täter verpflichtet war, den Erfolg abzuwenden[41]). Daß diese Nutzanwendung der völkischen Rechtswidrigkeit und die damit verbundene Ausdeichung der unechten Unterlassungsdelikte nicht im Sinne der Reform ist, kann zweifelsfrei sein. So hat Mezger[42]) auch betont, daß die im Gefolge der Rechtserneuerung auftretende Erweiterung der Pflichten zum Handeln in bezug auf die Haftungsbegründung eine Einschränkung erfordere. Denn jede Pflichtverletzung, durch die ein Erfolg eintritt, sei nicht geeignet, den Täter unter allen Umständen so zu stellen, als habe er den Schaden positiv verursacht. Die Gleichstellung des Täters mit dem Unterlassenden bedarf auch wegen der geringeren verbrecherischen Intensität des Angriffs des letzteren auf das Rechtsgut stets besonderer erschwerender Umstände, unter denen das Schutzobjekt verletzt wird. Das Mittel zur Lösung dieser Frage sieht Mezger[43]) in der Einschaltung des § 2 neuer Fassung.

Ob § 2[44]) überhaupt für die Konstituierung des unechten Unterlassungsdelikts in Betracht kommen kann, hängt zunächst von der Frage ab, welche Bedeutung man ihm im System des Strafrechts beimessen will. Konkret gesagt, so gehen die Meinungen darüber auseinander, ob § 2 nur die Gesetzesanalogie, d. h. die ausdehnende Interpretation eines bestimmten gesetzlichen Tatbestandes auf einen ihm ähnlichen Sachverhalt, oder auch die Rechtsanalogie, d. h. die Anwendung der der gesamten Rechtsordnung innewohnenden Gedanken auf einen tatbestandsmäßig nicht erfaßten Fall freigibt[45]). Zimmerl[46]) argumentiert zu Gunsten des engeren Analogieschlusses, daß mit dem Wort „Strafgesetz" in § 2 nur die Vorschriften des Besonderen Teils mit ihren objektiven und subjektiven Merkmalen, den Strafbarkeitsbedingungen sowie den dazugehörigen Strafandrohungen gemeint sein könnten, weil die Bestimmungen des Allgemeinen Teils nur Modifikationen wie Einschränkungen und Ausdehnungen dieser Strafgesetze seien. Aus diesem Grund entfalle auch die Anwendbarkeit des § 2 auf die Lehren des Allgemeinen Teils[47]). Die Befürworter der Rechtsanalogie[48]) können dagegen den Einwand ins Feld führen, daß auch die Verurteilung aus analoger Rechtsanwendung die drei Voraussetzungen beherzigt, daß die an-

---

[41]) vgl. Siegert 35.
[42]) vgl. Z. 57/683.
[43]) aaO. 684 mit Anm. 28.
[44]) Inhalt: Bestraft wird auch eine Tat, die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient. Findet auf die Tat kein bestimmtes Strafgesetz unmittelbar Anwendung, so wird die Tat nach dem Gesetz bestraft, dessen Grundgedanke auf sie am besten zutrifft.
[45]) vgl. Siegert JW. 35/890, Niethammer Z. 55/750.
[46]) Gegenw. 178.
[47]) so ferner: Gleispach DeutR. 36/25, Siegert aaO. 892, Allfeld GS. 107/310.
[48]) Schwarz GS. 106/249, Bepler im Anschluß ans Reichsgericht JW. 38/1554.

geklagte Tat nach dem Grundgedanken eines geschriebenen Strafgesetzes sowie nach dem gesunden[49]) Volksempfinden eine kriminelle Sühne verdiene, und daß ferner der Gesetzgeber die Handlung nicht ausdrücklich straflos lassen wollte[50]). Außerdem biete die einheitliche nationalsozialistische Weltanschauung der Richter die Gewähr dafür, daß die Strafrechtspflege durch die Freigabe der Rechtsanalogie nicht in Verfall und Verwilderung wie im absolutistischen Zeitalter gerate[51]). Selbst wenn man also eine Gesetzeslücke rechtsschöpferisch mit Hilfe der Rechtsidee ausfüllt, so kehrt man, schlußfolgert Mezger[52]), zum Gesetz — nämlich § 2 — zurück. Mithin gelte § 2 auch für die Regeln des Allgemeinen Teils.

Die herrschende Meinung steht wohl heute auf dem Standpunkt, daß dem § 2 nicht die engen Grenzen der Gesetzesanalogie gezogen sind, sondern daß ihm auch rechtsschöpferische Kraft zukomme[53]). Ist doch § 2 ein weiteres Mittel, um das Primat der materiellen Gerechtigkeit vor der formellen zu festigen[54]). Insofern gehört er auch zur materiellen Rechtswidrigkeitslehre[55]).

Mit dieser Sinngebung des § 2 hat Mezger prinzipiell das Problem der unechten Unterlassung folgendermaßen gelöst[56]): Durch ein Gebot wird jemanden eine Handlungspflicht auferlegt. Ihre Verletzung führt ohne weiteres bekanntlich zu keiner Bestrafung wegen des eingetretenen Erfolges. Der Grundgedanke einer Verbotsnorm fordert aber, daß man Erfolge solcher Art nicht herbeiführe. Folglich kann sich aus der Zusammenschau der Rechtswidrigkeiten beider Normen die Erfolgshaftung ergeben, falls diese nicht dem gesunden Volksempfinden in Anbetracht der besonderen Lage des Falles widerspricht[57]). § 2 hat hier also die doppelte Wirkung der Ausdehnung der Pflicht einerseits und die Beschränkung der Haftung andererseits. So mündet auch die Anwendung des § 2 in das Täterproblem, das ist nach der wertenden Gleichstellung von Täter und Unterlassendem, ein, das besonders dem unechten Unterlassungsdelikt zugrunde liegt. Denn die „besondere Lage des Falles" beurteilt sich nach der konkreten personellen Stellung, die der Unterlassende innehat. Man wird daher namentlich den Mitgliedern konkreter Gemeinschaften eine Erfolgshaftung auferlegen können, wenn sich die Gemeinschaften durch das Herannahen von Gefahren zu lebensnotwendigen Gemeinschaften zum Kampf ums Dasein erhärten, so daß gesundes Volksempfinden ein gegenseitiges Einstehen für rechtlich geboten hält[58]).

---

[49]) dazu Niethammer aaO. 761.
[50]) vgl. Brinkmann DJ. 35/1588, Niethammer aaO. 758.
[51]) vgl. Freisler DeutStr. 35/19, Schinnerer Z. 55/780.
[52]) Leitf. 36.
[53]) vgl. Frank Nachtr. 185.
[54]) vgl. Gürtner-Freisler 22.
[55]) vgl. Schinnerer aaO. 777.
[56]) dagegen Drost GS. 109/50.
[57]) Mezger Leitf. 44, Z. 57/684.
[58]) vgl. Dahm aaO. 293.

Dieser Gedanke findet eine glückliche Formulierung in dem Urteil des Reichsgerichts, das folgenden Sachverhalt zum Gegenstand hatte: Eine kranke Frau war in die Hausgemeinschaft ihrer Verwandten aufgenommen worden, erlitt aber durch mangelnde Pflege seitens der Familie einen frühzeitigen Tod. In dem markanten Urteil[59]) heißt es: „Gegenseitig für einander einzustehen ist ein Gebot der Sittlichkeit, das sich im weitesten Bereich aus der Rechtspflicht zur christlichen Nächstenliebe ergibt und für einen engeren Kreis der Kameradschaft der Frontsoldaten und dem Nationalsozialismus entspringt, der innerhalb der Volksgemeinschaft Opferbereitschaft verlangt. Die sittliche Pflicht kann zur Rechtspflicht werden für Menschen, die der Außenwelt in so enger Lebensgemeinschaft verbunden gegenüberstehen, wie es in der Familie oder der häuslichen Gemeinschaft der Fall zu sein pflegt. Aehnliche Verhältnisse lassen sich z. B. bei gemeinsamer Bergnot, wohl auch auf Streifdienst am Feind denken." Es handelt sich hier nicht um die Preisgabe des Prinzipes der Scheidung von Rechts- und Moralwidrigkeit, sondern um die Verdichtung sittlicher Pflichten zu Rechtspflichten[60]).

Das Ergebnis der nationalsozialistischen Strafrechtserneuerung ist also, den Mitgliedern konkreter Gemeinschaften eine Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung aufzuerlegen, wenn gesundes Volksempfinden dies fordern kann[61]). Da diese materielle Rechtspflicht auch die wichtige Frage des Verhältnisses des echten zum unechten Unterlassungsdelikt löst, so kann zu dem, was über die materielle Norm selbst zu sagen ist, auf die Ausführungen im § 10 der Darstellung verwiesen werden[62]).

§ 9 Die pflichtwidrige Unterlassung

Die sog. Kieler Richtung sieht im Verbrechen die Pflichtverletzung und den Verrat an der Volksgemeinschaft[1]). Danach ist jede deliktische Handlung im wesentlichen ein Verstoß gegen die Pflichten, die der einzelne dem Volksganzen gegenüber hat[2]). Nicht jedes Vergehen ist natürlich ein Vetrat an der Volksgemeinschaft[3]); namentlich scheidet die kleine Kriminalität aus[4]), aber die Höhe der Strafdrohung bemißt sich nicht nach dem Wert des gefährdeten Angriffsobjektes (Rechtsgut), sondern nach der Schwere der durch die Tat begangenen Pflichtverletzung.

Da nun die Beurteilung der Stärke der Pflichtwidrigkeit nur in

[59]) E. 69/323.
[60]) vgl. Drost aaO. 32.
[61]) vgl. E. 64/316, 69/349, vgl. dazu auch Drost aaO. 36, E. 70/82, 390, 71/176, Krupp DeutR. 38/465, Dahm Z. 59/175.
[62]) vgl. S. 49 ff. d. Darst.

[1]) Dahm Grundfr. 62 ff., Schaffstein Grundfr. 111 ff., Gegenw. 95 ff.
[2]) Boldt ZStaat. 96/504.
[3]) vgl. Dahm ZStaat. 95/297, Schaffstein Grundfr. 115.
[4]) vgl. Barth DeutR. 35/526.

der Person des Rechtsbrechers erfolgen kann, so verschiebt sich der Schwerpunkt der Verbrechenslehre von der Tat auf den Täter. Mit dieser Akzentverlagerung[5]) auf die Bewertung des Verbrechens als Pflichtverletzung wird von dem Pflichtbegriff her die Brücke zum Täterstrafrecht geschlagen[6]), in welchem die Interessenwidrigkeit, die Pflichtwidrigkeit und der Mangel an Gemeinschaftsgesinnung als gleichwertige Elemente in einem einheitlichen Verbrechensbegriff erscheinen[7]). Die Pflichtwidrigkeit soll sich nämlich nicht in einer subjektiven Fassung der Normwidrigkeit erschöpfen[8]). Deshalb wird auch der Verbrechenscharakter als Rechtsgutsverletzung nicht restlos verneint, vielmehr bestreitet die Kieler Schule, daß sich jedes Delikt als Rechtsgutsverletzung erschöpfend kennzeichnen lasse[9]). Die Polemik richtet sich daher weniger gegen den Begriff des Rechtsguts an sich, als gegen die unumschränkte Herrschaft des Rechtsgutsverletzungsdogmas[10]), wobei sie außerdem annimmt, der nationalsozialistischen Idee des Willensstrafrechts allein gerecht zu werden[11]).

Demgegenüber war aber zunächst hervorzuheben, daß das Willensstrafrecht nicht unbedingt an die Pflichtverletzungslehre gebunden ist[12]). Denn durch das Willensstrafrecht wird lediglich die Verteidigungslinie des Staates gegenüber dem Verbrecher vorgeschoben[13]), d. h. der staatliche Strafanspruch entsteht nicht erst mit dem Eintritt des Erfolges, sondern schon mit der unmißverständlichen Aeußerung des deliktischen Willens in Richtung auf den Erfolg. Das Willensstrafrecht erscheint aber von der Rechtsgutstheorie aus betrachtet als Gefährdungsstrafrecht[14]). Deshalb ist auch die Bezeichnung der bekämpften Theorie als Rechtsgutsverletzungsdogma zu eng[15]).

Es erhebt sich nun die Frage, ob die Gewichtsverlegung von dem Rechtsguts- auf den Pflichtverletzungsgedanken, von der Tat auf den Täter im Rahmen der Schutztheorie überhaupt möglich ist, oder ob nicht dadurch deren Grundlagen zerstört werden, so daß die anfänglich nur betonte Pflichtverletzung zwangsläufig zum Kern der Verbrechenslehre werden muß[16]). In der Tat erweist sich der Zweifel als begründet.

Der Ausgangspunkt der herrschenden Schutztheorie ist der Rechtsgutsbegriff. Die Veränderungen, die der Begriff seit seiner ersten Fassung durch Birnbaum im Verlauf der liberalen Strafrechts-

---

5) Schaffstein aaO. 113, 124, Gegenw. 99, DeutStr. 37/336.
6) vgl. H. Mayer DeutStr. 38/77.
7) vgl. Boldt aaO. 508, Gallas Gegenw. 69.
8) Gallas aaO. 68.
9) vgl. Kempermann 13 f., Schaffstein aaO. 338.
10) Schaffstein aaO. 338.
11) Dahm aaO. 291, Schaffstein DeutStr. 35/105.
12) Klee DeutStr. 36/4.
13) Freisler DeutStr. 34/6.
14) Klee aaO. 4.
15) Mezger Z. 57/689.
16) vgl. Klee aaO. 1.

periode erfahren hat, sind in letzter Zeit häufig dargestellt worden[17]). Heute stehen sich zwei Auffassungen über den Charakter des Rechtsgutsbegriffes gegenüber[18]). Während man einerseits an der Substanzerfülltheit des Begriffs festhält[19]) und in diesem Sinne das Rechtsgut dem Schutzobjekt, bzw. dem materiellen oder ideellen Zustand gleichsetzt[20]), so hat man es andererseits als Fortschritt bezeichnet[21]) den substantiellen Rechtsgutsbegriff ins Methodische aufgelöst zu haben[22]). Diese methodische Funktion des Rechtsgutsbegriffes[23]) bestand darin, daß man von dem Rechtsgut als Schutzobjekt ausgehend auf die ratio legis der Tatbestände geschlossen hat[24]). Der Streit um die Natur des Rechtsgutsbegriffs ist jedoch hier eine Frage zweiten Ranges, zumal sowohl der substantielle Rechtsgutsbegriff durch die Wertung der personalen Beziehungen des Täters zur Tat[25]), als auch die Methode der teleologischen Analyse der Tatbestände durch die Berücksichtigung des Gesamtunwertes der Tat[26]) — also Unrecht und Schuld zusammen gesehen — der Forderung nach einer Beachtung der subjektiven Elemente Rechnung getragen haben. Wichtig ist nur die Frage, ob der Rechtsgutsbegriff, der in seiner substantiellen Form auch von der Kieler Schule beibehalten wird[27]), das Primäre im Strafrecht bleiben soll.

Ein Strafrecht nämlich, das seine letzte Begründung von außerstrafrechtlichen Rechtsgütern ableitet, bringt dafür als Gegengabe seine Schutzfunktion gegenüber diesen Rechtsgütern dar[28]). Es hat folglich die Tat zum Mittelpunkt, denn in ihr äußert sich allein die Rechtsgutsverletzung. Sogar vom Willensstrafrecht her gesehen wird dann die Schuld für das Verbrechen erst konstitutiv, wenn die Gefährdung des Rechtsguts wirklich eingetreten ist[29]).

Wenn nun die Kieler Schule in ihrer Verbrechenslehre den Akzent von der Tat auf den Täter verlegt, so spitzt sich letztlich das Verfahren auf eine Ueberprüfung der strafrechtlichen Schutztheorie zu[30]). Da diese wiederum die Rechtsgutslehre zur Voraussetzung hat, so wird diese von den Verfechtern des betonten Täterstrafrechtes als Quelle allen Uebels bezeichnet und bekämpft[31]).

---

[17]) vgl. Schaffstein aaO. 99 f., Grundfr. 117, Gallas aaO. 54 f., Klee aaO. 10 f., Schwinge-Zimmerl 62.
[18]) vgl. Dahm Z. 57/231.
[19]) vgl. Klee aaO. 14, Mezger Z. 57/699.
[20]) vgl. Mezger 200, Leitf. 50, Grd. 58.
[21]) a. M. Schaffstein Problematik 15 f.
[22]) vgl. Schwinge-Zimmerl 63.
[23]) vgl. Gallas aaO. 57 Anm. 20.
[24]) vgl. Schwinge Tel.Begr. 32 mit Anm. 103 bis 106.
[25]) vgl. Mezger Z. 57/699.
[26]) vgl. Schwinge-Zimmerl 53.
[27]) vgl. Dahm aaO. 234, Schaffstein DeutStr. 37/336.
[28]) vgl. Mezger aaO. 694.
[29]) vgl. v. Gemmingen DeutStr. 35/110.
[30]) vgl. Mezger aaO. 695.
[31]) Schaffstein Grundfr. 1, DeutStr. 35/101.

Der Vorwurf geht weit ausholend dahin, daß die außerstrafrechtliche Rechtsgutslehre ihre Existenz dem normativistischen Trennungsdenken zwischen Sein und Sollen, zwischen Unrecht und Schuld verdanke[32]). Das Leben sei aber kein Chaos, an das das Recht mit objektiven Normen regelnd herangetragen werden müsse, sondern es enthalte als sinnvolle Wirklichkeit bereits seinen eigengesetzlichen Maßstab als konkrete, aus Rasse, Volk und Gemeinschaft zu verstehende Ordnung in sich[33]). Ob die Wirklichkeit als solche bereits sinnvoll ist, ist bestritten. Leibniz behauptet es, Schopenhauer verneint es. Dahm[34]) betont auch ausdrücklich, daß er zwischen empirischer und sinnvoller Wirklichkeit unterschieden wissen will. Nicht die erstere, sondern nur die sinnvolle Wirklichkeit, enthalte als konkrete Ordnung das Recht. Denn die tatsächliche Wirklichkeit könne sehr wohl mit den inneren Gesetzen des Volkes in Widerspruch stehen. Dies zeigt, daß sich auch in das Denken in konkreten Ordnungen ein gewisser Normativismus sofort hineinspielt, und daß sich das Recht eben von einer Bewertung der Dinge begrifflich nicht trennen läßt[35]). Das Recht kann daher nach revidierter Auffassung keine Antithese aus konkreter Ordnung und Norm, sondern eine Zusammenschau aus sinnvoller Wirklichkeit und Norm sein[36]). Es läßt sich also das normative Denken mit dem in konkreten Ordnungen sehr wohl vereinen. Das bedeutet zwar letztlich wiederum eine gewisse Trennung von Sein und Sollen; aber mit dem Unterschied, daß die Norm nicht in dem übergeordneten Raum des abstrakten Sollens schwebt, sondern sich als wirklichkeitsbezogener Wert mit der konkreten Ordnung zum Teil deckt.

Diese normativ gefärbte Rechtsanschauung zieht für das Strafrecht die Folge nach sich, daß damit der Gedanke einer objektiven Rechtswidrigkeit nicht gefallen ist[37]) und der mit ihm verknüpfte Schutzgedanke gleichfalls nicht ausgespielt hat. Sowie das Recht eine Synthese aus Norm und konkreter Ordnung ist, so ist das Strafrecht eine Zusammenschau aus dem Schutz- und dem Pflichtgedanken.

Es kann nun lediglich die Frage sein, welchem von beiden innerhalb des Strafrechts die primäre Stellung einzuräumen ist. Damit ist man jedoch bei dem Entscheid über die maßgebende Straftheorie angelangt. Denn einem Strafrecht, das die Strafe mit dem Schutze außerstrafrechtlicher Rechtsgüter begründet, dem entspricht auch eine relative, d. h. auf diesen Schutzwert bezogene Straftheorie. Ein Strafrecht jedoch, das selbstherrlich auf dem Gedanken der Pflichtverletzung aufgebaut ist, hat eine absolute, d. h. von außerstrafrechtlichen Gesichtspunkten losgelöste Straftheorie im Gefolge, die die

---

[32]) vgl. Dahm Grundfr. 62.
[33]) vgl. Dahm aaO. 86, Larenz Grundfr. 239.
[34]) aaO. 86 Anm. 46a.
[35]) vgl. Mezger ZAk. 37/417.
[36]) Mezger aaO. 417.
[37]) vgl. Mezger Z. 57/694.

Strafe allein aus der Schwere der Pflichtverletzung bestimmt. Mezger[38]) hat nun dargetan, daß es letzten Endes gar keine absolute Straftheorie geben kann; denn auch sie wurzelt in den Rechtswerten von Rasse, Volk und Gemeinschaft, und die Strafe dient schließlich nur als Mittel zu deren Erhaltung[39]). Der außerstrafrechtlich bedingte Schutzgedanke ist also von dem Strafrecht begrifflich ebenso wenig zu trennen, wie die normative Idee vom Recht überhaupt. Er ist deshalb das Primäre gegenüber dem Pflichtgedanken. Die Pflichtverletzung ist im übrigen auch ohne Beziehung auf den Schutzwert nicht vorstellbar[40]), da ja die völkischen Pflichten eben auf den Schutz der völkischen Rechtsgüter gerichtet sind[41]).

Auch auf der Basis des normativen Rechtsdenkens läßt sich eine ganzheitliche Verbrechensbetrachtung aufbauen. Sie ist aber keine Zusammenschau von Unrechts- und Schuld-, Tat- und Tätermerkmalen, sondern sie ist eine wertende Rechtsbetrachtung mit dem Ziel rechtsinhaltlicher Gerechtigkeit[42]). Wie der Name ganzheitliche Betrachtungsweise schon andeutet, liegt das Wesen dieser Methode darin, die Straftat als Ganzes erfassen und erkennen zu wollen. Bisher war der Weg üblich, die Handlung in ihre Elemente wie Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld zu zerlegen und dann aus diesen Teilen wieder aufzubauen. Das Ergebnis des Trennungs- und Zusammensetzungsvorganges war die Bezeichnung der Tat als ein bestimmtes Verbrechen. Die ganzheitliche Methode dagegen wählt den umgekehrten Weg. Sie faßt die Tat und alles, was mit ihr zusammenhängt, als Einheit auf und sucht sie durch Beschreibung ihrer allgemeinen und besonderen Merkmale in eine bestimmte Verbrechenskategorie einzureihen. Am Ende beider Denkprozesse steht nicht, wie es auf den ersten Blick erscheinen will, dasselbe Resultat. Denn die trennende Methode, die von den Teilen auf das Ganze schließt, kann und will die einzelnen Elemente vollkommen rational durchleuchten, so daß auch das zusammengesetzte Ganze eine klare, in sich geschlossene logische Konstruktion aufweist. Die ganzheitliche Betrachtungsweise ist sich währenddessen bewußt, daß sie neben dem kognitiven Denkvorgang zum letzten abschließenden Ergebnis jedoch mit Hilfe eines emotionalen und damit irrationalen Moments durchdringt[43]). Denn die Tat läßt sich in complexu rein logisch überhaupt nicht erfassen. Zwar wird dadurch, daß auch im emotionalen Denken der gesamte kategorische Gedankenapparat mitwirkt[44]), das begriffliche Denken soweit wie möglich in Richtung auf die kognitive Erfassung vorgeschoben, aber der emotionale Akt, der sich mit dem gesamten gestaltenden Denkprozeß nicht deckt, aber letztlich den

[38]) aaO. 695.
[39]) vgl. Pestalozza DeutStr. 38/108.
[40]) vgl. Klee aaO. 2, Pestalozza aaO. 108.
[41]) vgl. Mezger Leitf. 46.
[42]) vgl. Mezger Krit.Viert. 28/385.
[43]) vgl. Mezger ZAk. 37/420, Schwinge aaO. 60.
[44]) vgl. Schwinge-Zimmerl 77 mit Anm. 108.

Schlußstrich unter die wesenhafte Betrachtung setzt, ist im Grunde doch irrational[45]). Durch diese ganzheitliche Verbrechensbetrachtung erhält nun auch jedes Deliktsmerkmal von vornherein einen strafrechtlich gewerteten Charakter[46]). Und das ist der bedeutende Unterschied zur trennenden Methode, die durch das Bestreben, jedes Verbrechenselement abstrakt herauszustellen, zu einer naturalistisch beschreibenden, von der Wertbezogenheit losgelösten Deliktsauffassung hinneigt.

In der Strafrechtswissenschaft machen sich heute beide Methoden den Rang streitig. Während Schwinge-Zimmerl den rationalistischen Weg zur Erkenntnis des Verbrechens für den richtigen halten, vertreten Dahm-Schaffstein die Meinung, daß auch dem irrationalen und intuitiven Moment[47]) in der Verbrechensbetrachtung eine ausschlaggebende Bedeutung zukomme. Im letzten Grunde handelt es sich aber um die ewige Alternative im Recht, ob durch das Gesetz die Rechtssicherheit im allgemeinen garantiert oder die gerechte Entscheidung im einzelnen Fall verbürgt werden soll[48]).

Zimmerls systematische Methode zielt dahin, auf rein teleologisch orientierter Grundlage des Strafrechts im Sinne der Interessenjurisprudenz[49]) konsequent ein in sich geschlossenes, logisches Gesetzesgebäude zu errichten[50]). Sind einmal die Zweckmäßigkeitsgesichtspunkte frei gewählt, so bedingen sie den weiteren logischen Aufbau der Gesetze, die dann keinerlei Ausnahme mehr kennen. Für eine Korrektur der Gesetze nach anderen Zweckmäßigkeitserwägungen oder gar durch gefühlsmäßige Auslegung[51]) ist deshalb in der systematischen Methode kein Raum. In ihrer Folgerichtigkeit dient Zimmerls Methode daher vorwiegend der Idee der Rechtssicherheit. Es liegt deshalb auf der Hand, daß die Methode Dahm-Schaffsteins, die nach dem Wesen jedes einzelnen Deliktes fragt, und es damit nach der wesenhaft-materiellen Gerechtigkeit im konkreten Falle namentlich auf dem Wege der Intuition abstellt, von Zimmerl als kasuistisch-chaotisch bezeichnet wird[52]). Natürlich erstrebt auch Zimmerl eine materielle Gerechtigkeit, aber nur auf der Basis allgemeingültiger Kategorien, deren gegenseitiges Wertverhältnis allgemeingültig festgesetzt ist, sowie auf Grund eines inhaltlich bestimmten, gleichbleibenden und daher auch allgültigen Wertmaßstabes[53]). Diese Kategorien mit nationalsozialistischem Gedankengut zu beinhalten wäre die Aufgabe der Rechtswissenschaft gewesen[54]).

[45]) vgl. Mezger aaO. 420.
[46]) vgl. Mezger Z. 57/676.
[47]) vgl. Dahm Z. 59/151.
[48]) vgl. Nagler GS. 111/112.
[49]) Arbeitsmethode 17.
[50]) aaO. 14.
[51]) vgl. aaO. 9.
[52]) Beitr. 236.
[53]) aaO. 226.
[54]) vgl. aaO. 232 ff.

Die Lehre der Kieler Schule ist dagegen die Reaktion auf die rationalistische, jedem Rechtsgefühl abholde[55]) Systematik. Sie lehnt es ab, das Strafrecht im Bereich einer lediglich rationalen und technischen Anschauung zu errichten; sie geht vor allem zurück auf die seelischen und sittlichen Werte des Volkstums, die die Quellen allen Rechtes sind[56]). Eine Anschauung also, die hinter jedem Gesetz das Wirken der völkischen Sittenordnung und des Volksempfindens zu verstehen sucht, wird nicht nur in jedem Falle der Gesetzesauslegung auf diese Uebergesetzlichkeit zurückgreifen, sondern ihr immer wieder neue Gesichtspunkte zur Gesetzesinterpretation abgewinnen[57]). Daß auf diese Weise die gerechte Entscheidung des einzelnen Falles in den Vordergrund der Erwägungen rückt, ist verständlich.

Die Kieler Strafrechtsschule hat sich mit Nachdruck für die Notwendigkeit einer ganzheitlichen Verbrechensbetrachtung eingesetzt, aber — und das ist der wesentliche Unterschied zur wertenden Methode — auf der Grundlage des Verbrechens als Pflichtverletzung. Dabei wendet man sich aber dagegen, daß die ganzheitliche Methode sowie das Wort „Wesensschau" ihren Ursprung in der Husserl'schen Phänomenologie habe[58]), wie dies Schwinge-Zimmerl[59]) und wohl auch Mezger[60]) annehmen würden. Nur eine Wesensschau im Kieler Sinne könne der Eigenart des Delikts gerecht werden. Denn die trennende und abstrahierende Methode löse nicht nur das Delikt in wesenlose Elemente auf[61]), sondern sie verkenne, daß von dem einheitlichen Lebensvorgang des Verbrechens die Person des Täters nicht abgeschieden werden könne[62]). Gerade hier zeige sich die Unzulänglichkeit der Rechtsgutslehre, die nur auf die Tat zugespitzt, keine Anhaltspunkte für eine Täterforschung zu bieten vermöge[63]). Jedem gesetzlichen Tatbestand entspreche auch ein bestimmter Tätertypus[64]). Dabei bilden Tat und Täter eine Einheit[65]), die nicht durch den Versuch einer Aufspaltung des Verbrechens in tat- und tätertypische Merkmale[66]) gestört werden darf[67]). Gemeint ist jedoch kein Tätertypus im kriminologischen oder psychologischen Sinne, sondern man hat ein „Menschenbild"[68]) im Auge, wie es die volkstümliche Anschauung mit einer Tat verbindet. Es drückt auch nicht

---

55) vgl. Zimmerl aaO. 241.
56) vgl. Dahm Z. 57/277.
57) Dahm aaO. 285.
58) Dahm aaO. 285.
59) S. 9.
60) ZAk. 37/318.
61) Kempermann 7, Dahm ZStaat. 95/292.
62) Dahm Grundfr. 92, Schaffstein Grundfr. 119.
63) vgl. Schaffstein DeutStr. 37/343.
64) Dahm aaO. 102.
65) vgl. Dahm aaO. 92, Schaffstein Gegenw. 103.
66) so Wolf ZAk. 36/362, Gallas aaO. 69.
67) vgl. Stucke 109.
68) Freisler Z. 55/517.

die einmalige Tat dem Täter den Typenstempel auf, sondern erst seine Pflichtenstellung in der Gemeinschaft, die Art und Weise der Tatbegehung und besonders seine Gesinnung kennzeichnen ihn als bestimmten Typus[69]). Durch das Einbeziehen des Gemeinschaftsgedankens ist der wesenhafte Tätertypus mehr politischer Natur[70]). Diese Tätercharakterisierung nach politisch-ethischen[71]) Merkmalen verhindert den tautologischen Schluß, daß Täter ist, wer eine Tat begangen hat. Denn die politisch-tätertypischen Kennzeichen liegen außerhalb der individuellen Persönlichkeitsforschung.

Es ist nun die Frage, welche deutlichen Kriterien den Tätertypus herausschälen sollen. Die Antwort ist in dieser Hinsicht nicht befriedigend ausgefallen. Vorzüglich hat die Meinung, daß es keinen allgemeinen Tätertypus, sondern nur einen konkreten, von Fall zu Fall anders zu ermittelnden Typus gebe[72]), scharfen Widerspruch gefunden[73]). Namentlich die Methode Dahms[74]), daß die Sprache häufig einen Fingerzeig zur Deutung der einzelnen Tätererscheinungen — wie Mörder, Räuber, Dieb — beitrage, ist als Worthexerei und Ueberschätzung der sprachlichen Logik abgelehnt worden[75]). Nun hat Dahm in einem neuesten Aufsatz[76]) den Tätertypus noch deutlicher als bisher mit dem Tatbestand verknüpft. Nicht turbulente Gefühlsregungen oder vage Begriffsvorstellungen formen den Tätertyp[77]), sondern nur die Tatbestandsbeschreibungen vermögen das richtige Täterbild zu zeichnen[78]). Die Merkmale des Tatbestandes müssen sich also in der Erscheinung des Täters wiederfinden. Es fragt sich jedoch, ob solche tatbestandsmäßigen Tätertypen in Wirklichkeit überhaupt existieren. Und da zeigt es sich, daß nur wenige Tätertypen über die Gleichartigkeit des äußeren Verhaltens hinaus eine innere Verwandtschaft mit dem Tatbestand aufweisen[79]). Zum Tatbestand des Mordes, des Diebstahls, der Erpressung findet sich wegen der Unwertbetontheit dieser Verbrechen eher ein Tätertyp als „antisoziale Existenz" als zum Tatbestand des Totschlags, der Unterschlagung oder der Nötigung, da letzterer in gemeinschaftswidriger Beziehung indifferent sein kann. Ist somit die Annahme des aktiven konkreten Tätertypus schon zu beschränken[80]), so muß die Beurteilung des Unterlassenden als unter einen Kommissivtatbestand fallenden

---

69) Wolf Vom Wesen 16, Dahm Z. 57/257, Schaffstein Grundfr. 119, Wolf Z. 54/550, Boldt ZStaat. 96/508, DeutR. 37/96.
70) vgl. Wolf ZAk. 36/361.
71) Gallas aaO. 68.
72) vgl. Kempermann 51, Dahm Grundfr. 88, Schaffstein Gegenw. 110, DJ. 36/768, Z. 57/334.
73) Zimmerl Beitr. 239.
74) aaO. 89.
75) vgl. Klee aaO. 7, Schwinge-Zimmerl 82, Nagler GS. 111/102.
76) vgl. Z. 59/143 ff.
77) aaO. 150.
78) aaO. 151.
79) aaO. 154.
80) aaO. 154.

Tätertyp fast unmöglich sein[81]). Die Typenlehre kann deshalb, wie Dahm richtig sagt[82]), nicht die Lösung des Problems, sondern nur eine Richtlinie für die Entscheidung der Frage nach der Gleichstellung von Tun und Unterlassen, und so auch nach dem Inhalt der Rechtspflicht sein.

Auf der Grundlage des Verbrechens als Pflichtverletzung verbunden mit einer Wesensschau der Tätererscheinungen hat Schaffstein[83]) den Versuch unternommen, die Erfolgshaftung bei der unechten Unterlassung abzugrenzen. Er geht davon aus, daß nicht jedes pflichtwidrige Unterlassen schlechthin strafwürdig sein kann, sondern daß der Unterlassende zudem als Täter des Delikts erscheinen müsse. Daß es zur Pflicht zum Handeln keiner irgendwie formal gearteten Rechtspflicht bedarf, ist verständlich. Die dadurch wesentlich erweiterte Pflichtwidrigkeit der Unterlassung erfordert aber auf der anderen Seite wieder eine Einschränkung, die die Wesensschau im Tätertypus gefunden hat.

War bereits die Kennzeichnung des aktiven Tätertypus sehr „verschwommen"[84]), obwohl hier manchmal der Tatbestand tätertypisierende Merkmale wie böswillig oder roh beisteuern kann[85]), so versagt nicht nur dieses Mittel bei der Typisierung des Unterlassungstäters, da es ja bisher keinen unechten Unterlassungstatbestand gibt, sondern die mögliche Inkongruenz zwischen unechter Unterlassungstat und dem Täter tritt auf diesem Gebiet noch besonders stark hervor[86]). Denn das volkstümliche Rechtsempfinden wird sicherer von der aktiven Handlung auf den Typus des Täters schließen können, als von der passiven Verbrechensverübung auf den Typus des Unterlassenden. Der Unterlassende tut ja regelmäßig zum Erfolg gar nichts, so daß sich außer der ethischen Gesinnung kein fester Anhaltspunkt für eine Tätertypisierung finden läßt. Schaffstein gibt deshalb auch zu, daß sich die Unterscheidung in der Typenbildung der rationalen Analyse entziehe[87]). Ebenso wie es keinen abstrakten Tätertypus gebe, sondern nur den konkreten, so münde das tätertypologische Unterlassungsproblem hier in den Besonderen Teil des Strafrechts ein[88]). Allgemein ließe sich nur soviel sagen, daß bei zahlreichen — also nicht bei allen — Delikten als Täter derjenige Unterlassende erscheine, von dem nach seiner Gesinnung ebensowohl wie die Nichtabwendung des Erfolges auch seine Herbeiführung durch aktives Tun hätte erwartet werden können, und bei dem die Unterlassung gewissermaßen nur eine zufällige, durch die jeweiligen Umstände bestimmtes Mittel zur Aeußerung des verbrecherischen Willens anzu-

---

[81]) aaO. 155.
[82]) aaO. 157.
[83]) Gegenw. 102 ff.
[84]) Klee aaO. 10.
[85]) vgl. Wolf ZAk. 36/362, Mezger Z. 57/680.
[86]) vgl. Schaffstein aaO. 108.
[87]) Schaffstein aaO. 108.
[88]) Schaffstein aaO. 110, vgl. Dahm aaO. 100.

sehen ist, welches unter anderen Umständen ebensogut durch ein anderes Mittel hätte ersetzt werden können[89]).

Es ist verständlich, daß dieses Ergebnis nur die Ausgangssituation für weitere Untersuchungen in dieser Richtung bezeichnen kann. Die Erweiterung der Haftungsmöglichkeiten wird von niemandem bestritten, wohl aber stellt das Gegengewicht des Tätertypus in diesen angedeuteten Umrissen nicht mehr als eine versteckte Anleihe an das Rechtsgefühl dar[90]). Gewiß ist das intuitive Moment bei der Wesensschau nicht auszuschalten, aber die Spanne zwischen der kognitiven Erkenntnis und dem Resultat, daß der Unterlassende einen bestimmten Tätertypus verkörpert, ist noch zu weit.

In die breite Lücke hat Mezger[91]), aber auf der Grundlage der strafrechtlichen Schutztheorie und daher nicht im Sinne der Kieler Schule, die Lehre der Persönlichkeitsadäquanz der Tat und die der sozialen Adäquanz der Täterpersönlichkeit eingeschoben. Dieser Gedanke vertieft die Theorie vom Tätertypus insofern, als durch die Persönlichkeitsadäquanz Schuld und Strafe wächst, je mehr die Tat der Persönlichkeit des Täters entspricht, also der Täter seinem Wesen nach Mörder oder Dieb ist[92]). Denn Schuld und Strafe müssen dem Tätercharakter stets adäquat sein[93]).

Die Aufgabe der Tätertypenlehre in Hinsicht auf den Unterlassungstätertypus ist es, typische und damit normative Merkmale zu finden, um die Wertgleichheit vom Handelnden und Unterlassenden begründen zu können[94]). Deshalb besteht übrigens die Bezeichnung „Tätertypus" in Schaffsteins Lösungsvorschlag zu Unrecht. Denn jede Typisierung setzt die Möglichkeit der Gruppierungen der Erscheinungen voraus. Aber Schaffstein will gar nicht gruppieren, typisieren und normieren, sondern für jeden einzelnen Fall wesenhaft-konkret die Strafwürdigkeit bestimmen oder ablehnen[95]). Letzteres nämlich dann, wenn der Unterlassende seinem Wesen nach kein Mörder, Brandstifter oder Betrüger ist[96]). Eine solche Typisierung muß in einem Fallrecht stecken bleiben[97]). Ein Fallrecht, das schließlich auf eine materielle Strafwürdigkeit des Unterlassungsdelikts hinauskommt. Und da Schaffstein[98]) „vom Standpunkt des natürlichen Rechtsempfindens" an Hand von konkreten Beispielen den aktiven vom passiven Tätertypus unterscheidet, so wird von Nagler[99]) die ganze wesenhafte Tätertypenlehre ins Bereich der materiellen Straf-

---

89) Schaffstein aaO. 111—112.
90) Drost GS. 109/47.
91) aaO. 687 f.
92) also ähnlich mit Dahm aaO. 89.
93) vgl. Mezger 275.
94) Mezger Z. 57/685.
95) vgl. Nagler aaO. 108 Anm. 195.
96) Schaffstein aaO. 106, Dahm Z. 57/264.
97) Zimmerl aaO. 237.
98) aaO. 106.
99) aaO. 108, a. M. vgl. Dahm Z. 59/152.

würdigkeit verwiesen[100]). Denn der wesenhafte Tätertyp würde stets jenseits des begrifflich Erfaßbaren bleiben[101]).

In der Tat ist die Lehre seit ihrer Begründung — nur mit Ausnahme der von Mezger, aber auf der anderen Grundauffassung des Verbrechens durchgeführten Verbindung mit der Adäquanzlehre[102]) — um keinen Schritt weitergekommen. Ob sie wirklich noch in den Kinderschuhen steckt[103]), oder ob bereits alles, was sich aus dem Gedanken schöpfen läßt, ans Licht gefördert wurde, soll dahingestellt bleiben, weil sich die Darstellung nicht zur Typenlehre bekennt.

§ 10 Das Verhältnis des echten zum unechten Unterlassungsdelikt

Im § 3 der Darstellung ist die Frage, welche Bedeutung die strafrechtlichen Handlungspflichten, namentlich die der §§ 139 und 330 c StGB. für die Konstituierung des unechten Unterlassungsdeliktes haben, deshalb übergangen worden, weil sie auf die Erörterung des Verhältnisses beider Arten der Unterlassungsvergehen hinausläuft und somit zu weit vom Thema des obigen Kapitels weggeführt haben würde.

Ein echtes Unterlassungsdelikt liegt vor, wenn ein strafrechtliches Gebot durch Unterlassen verletzt wurde[1]). Im Gegensatz zum Kommissivverbrechen durch Unterlassung ist es deshalb für das Omissivvergehen unwesentlich, ob durch die Pflichtverletzung ein verpönter Erfolg verursacht wurde oder ob dieser ausblieb[2]). Zur Tatbestandserfüllung genügt es vielmehr, wenn der Täter die vom Strafgesetz vorgeschriebene Pflicht vernachlässigt. Denn im systematischen Zusammenhang der Verbrechenslehre haben die Omissivtatbestände nur den Sinn, strafrechtliche Pflichten zu enthalten, ohne daß bei ihrer Mißachtung eine Haftung für den etwa eingetretenen Erfolg verwirkt wäre[3]). Die Rechtspflichten der Gebotsnormen des StGB. sind deshalb trotz ihres strafrechtlichen Charakters ebenso wie die zivil- oder gewohnheitsrechtlichen Handlungspflichten nicht ohne weiteres geeignet, bei ihrer Verletzung eine Erfolgshaftung auszulösen[4]). Kurz und bündig erklärt daher Nagler[5]) im Anschluß an Binding[6]): Echtes und unechtes Unterlassungsdelikt stehen im Verhältnis der materiellen Subsidiarität.

Es ist aber doch der Fall denkbar, daß man z. B. dem gegen das Nothilfegebot des § 330c StGB. Verstoßenden nicht nur die grund-

---

[100]) vgl. auch Schaffstein Z. 55/26.
[101]) Nagler aaO. 111.
[102]) vgl. auch Nagler aaO. 107 Anm. 194.
[103]) vgl. Mezger aaO. 685.

[1]) Doerr 31, Beling Grd. 38.
[2]) Frank 10, v. Hippel II. 157.
[3]) vgl. Traeger 72 ff., Binding Norm II. 551, Frank 19, v. Hippel II. 157, Mezger Lehrb. 141, Kohlrausch 14.
[4]) vgl. S. 20 d. Darst.
[5]) GS. 111/20.
[6]) aaO. 550 Anm. 10.

sätzlich mildere[7]) Rechtsfolge[8]) dieses echten Unterlassungstatbestandes zubilligen will, sondern daß man nach gesundem Volksempfinden geneigt ist, dem Täter auch den durch seine Gebotsverletzung verursachten Erfolg zuzurechnen[9]). Dieses Verhältnis der Idealkonkurrenz zwischen dem echten und dem unechten Unterlassungsdelikt — daß das Kommissivverbrechen durch Unterlassung das Omissivvergehen logisch nicht voraussetzt, steht außer Zweifel[10]) — ist heute unter dem Gesichtspunkt des § 2 StGB. in den Vordergrund der theoretischen Erwägungen gerückt[11]). Das Reichsgericht hat dagegen zu dieser Frage erst eine einzige[12]) und zudem recht angreifbare Entscheidung[13]) gebracht.

Erinnern wir uns an dieser Stelle, daß das Reichsgericht und die vom Text vertretene Lehre den Mitgliedern konkreter Gemeinschaften in Fällen der Not eine Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung auferlegt, wenn gesundes Volksempfinden dies erwarten kann[14]). Also nicht allein die Tatsache der Zugehörigkeit zu einer konkreten Gemeinschaft ist für den Bestand der Erfolgsverhinderungspflicht entscheidend, sondern daß auf Grund dieser Gemeinschaftsbeziehung das natürliche Rechtsempfinden vom Verpflichteten auch die Abwendung des verpönten Erfolges verlangen kann. Die materielle Norm des gesunden Volksempfindens wird daher im Einzelfall darüber Aufschluß geben, ob die konkrete Gemeinschaft, zu der der Unterlassende gehörte, auch konkret genug war, um die Erfolgsabwendungspflicht nach sich zu ziehen. Dazu folgende Fälle: Ein Verlobter veranlaßte seine von ihm geschwängerte Braut, als die Zeichen der bevorstehenden Geburt eintraten, mit ihm an einen menschenleeren Ort zu gehen, damit sie dort heimlich gebäre. Er und die Mutter legten dann das Neugeborene vorsätzlich auf die nackte Erde und warteten, bis das Kind unter dem Einfluß der Kälte den Tod erlitten hatte[15]). Das Reichsgericht bestätigte das Urteil des Schwurgerichts, das für den Angeklagten auf Totschlag durch Unterlassen lautete. Es führte dabei namentlich aus, daß abgesehen von der gefährdenden Vorhandlung des Angeklagten — Verbringen der Mutter an einen einsamen Ort — die persönlichen Beziehungen des Vaters zu dem in hilflose Lage geratenen Kinde so beschaffen waren, daß sie den Angeklagten zur Rettung des Neugeborenen nach der aus dem Willen der Gemeinschaft heraus entwickelten Vorstellung vom Recht rechtlich verpflichteten[16]). Allerdings ließ es das Reichsgericht bei dieser treff-

---

[7]) vgl. Frank Nachtr. 214.
[8]) vgl. Mezger aaO. 141 mit Anm. 39.
[9]) a. M. Kohlrausch 499 Anm. 2.
[10]) vgl. v. Hippel II. 157 Anm. 7, 1. Abs.
[11]) vgl. Mezger Grd. 52 ff.
[12]) E. 71/187 ff.
[13]) vgl. S. 53 d. Darst.
[14]) vgl. S. 37 ff. d. Darst.
[15]) vgl. E. 66/71 ff.
[16]) vgl. E. aaO. 72, 73.

lichen materiell rechtlichen Begründung der Pflicht nicht bewenden. Wohl um das Urteil gegen jeden Vorwurf der Vermengung von Moral- und Rechtswidrigkeit zu feien, stützte das Reichsgericht die materiell rechtlichen Ausführungen auf den tragenden Rechtsgedanken des Art. 132 PeinlGO., der das Von-sich-legen der Kinder zarten Alters in „Fährlichkeit" verbietet[17]). Nach 1933 ließ das Reichsgericht die Rückversicherung an das formale Gesetz fallen. So in dem bereits nach seinen rechtlichen Ergebnissen besprochenen Urteil im 69. Band[18]). Dort hatte eine Familie eine Hilfskraft in ihren Haushalt aufgenommen und diese auch nach schwerster Erkrankung als Familienmitglied bei sich behalten. Der Herr und die Tochter des Hauses unterließen es dann jedoch, die Hilfebedürftige zu pflegen, so daß diese wegen der mangelnden Fürsorge frühzeitig starb[19]). Hier hat das Reichsgericht neben der Möglichkeit, die Haftung der Angeklagten für den Tod der Kranken formal aus dem BGB. abzuleiten, sich von dem materiell rechtlichen Gedanken führen lassen, daß die enge Lebensgemeinschaft der Familie und der Hausgemeinschaft die Angeklagten rechtlich verpflichtet habe, das Leben der kranken Hausgenossin so lange wie möglich zu erhalten[20]). Indem sie es nicht taten, verstießen sie gegen das gesunde Rechtsempfinden der Volksgemeinschaft[21]). Zur Erläuterung des Begriffes der konkreten Gemeinschaft sei auch auf die Entscheidung des Reichsgerichts hingewiesen, die die Stellung von SA-Angehörigen gegenüber Volk und Staat zum Anlaß nimmt, eine Erfolgsabwendungspflicht zu begründen[22]). Zwar behält das Reichsgericht in dem besagten Falle Tuchfühlung mit positiven Gesetzesvorschriften, aber der Hauptgedanke, daß die Partei- und SA-Mitglieder erhöhte Pflichten (Rechtspflichten!) gegenüber Volk und Staat haben, ist doch im Grunde materiell. Ein SA-Führer also benutzte zu einer Dienstfahrt den Kraftwagen der Standarte, der von einem SA-Mann gesteuert wurde. Unterwegs fuhr der Wagenlenker fahrlässig einen Menschen um und verletzte ihn schwer. Obwohl beide Insassen das Unglück bemerkt hatten, setzten sie ihre Fahrt fort. Der SA-Führer machte insbesondere keine Anstalten, seinen Fahrer von der Fahrerflucht abzuhalten. Das Reichsgericht begründet die Beihilfe des SA-Führers zum Vergehen aus § 22 KFG. damit, daß ein SA-Führer erhöhte Pflichten gegenüber Volk und Staat habe (§ 3 d. Ges. z. Sicherung d. Einheit v. Partei u. Staat), und daß deshalb jede Handlung oder Unterlassung als Pflichtverletzung gelte, die das Ansehen der Partei gefährdet, insbesondere bei Mitgliedern der SA.

---

[17]) vgl. E. aaO. 74.
[18]) vgl. S. 38 d. Darst.
[19]) vgl. E. 69/321 ff.
[20]) vgl. E. aaO. 323.
[21]) vgl. E. aaO. 324. Das RG. bezieht sich hier auf § 330 c StGB., ohne aber auf das Verhältnis der Idealkonkurrenz zwischen §§ 212 und 330 c StGB. eingehen zu können, da die Tat vor dem Erlaß der Strafrechtsnovelle vom 28. Juni 1935 begangen wurde.
[22]) vgl. E. 69/349 ff.

einen Verstoß gegen Zucht und Ordnung bedeute (§ 4 d. genannten Ges.). Aus diesen Gesichtspunkten ergebe sich die Rechtspflicht des SA-Führers, den Wagenlenker von der Fahrerflucht abzuhalten[23]). Drost[24]) wendet gegen diese Urteilsgründe ein, daß es sich bei den erhöhten Pflichten der Parteiangehörigen gegenüber Volk und Staat nach dem Willen des angeführten Gesetzes nicht um staatlich-strafrechtliche Pflichten, sondern um parteidisziplinäre Sonderpflichten der NSDAP.-Mitglieder handle. Bei einer Verletzung dieser Sonderpflichten habe sich der Täter ja der Partei- und nicht der Staatsgerichtsbarkeit gegenüber zu verantworten. Es sei deshalb unzulässig, daß ein ordentliches Gericht diese Parteipflicht zu einer staatlichen Rechtspflicht umdeute, um auf diese Weise ein rechtliches Vergehen zu konstruieren[25]). M. E. läßt sich über diese Unterscheidung zwischen Staats- und Parteipflichten streiten. Denn im staatlichen Leben nehmen die Parteimitglieder vor den übrigen Volksgenossen insofern eine exponierte Stellung ein, als ihre Handlungen, die nicht mit dem gesunden Volksempfinden im Einklang stehen, eine schärfere Beurteilung erfahren. Deshalb muß auch der Staat befugt sein, von Parteiangehörigen — und namentlich wenn sie eine Führerstelle innehaben — in jeder Lage ein dem gesunden Rechtsempfinden des Volkes entsprechendes Verhalten zu fordern und die Verletzung dieses materiellen Gesetzes mit einer strengeren Bewertung zu beantworten.

Wenn man nun die besprochenen reichsgerichtlichen Entscheidungen auf ihren rechtlichen Gehalt bezüglich der Definition des Begriffes der konkreten Gemeinschaft untersucht, so ergibt sich, daß die Urteilsgründe nicht mehr als eine Illustration des Begriffs bringen konnten. Denn was eine konkrete Gemeinschaft ist, läßt sich vorwiegend aus dem Rechtsempfinden heraus beantworten. Das Irrationale, das aber dem Begriff des gesunden Volksempfindens anhaftet, wird so auch auf die Vorstellung der konkreten Gemeinschaft übertragen. Es stößt daher die Bestimmung der einheitlichen Lebensbeziehungen im Einzelfall auf keine Schwierigkeiten[26]), dagegen wird in der Abstraktion der konkreten Gemeinschaft stets ein ungelöster imponderabiler Rest zurückbleiben. So ist auch in der Lehre die Frage der Idealkonkurrenz des Omissiv- und des Kommissivdelikts durch Unterlassung nur vorsichtig dahingehend beantwortet worden, daß beim Hinzutreten einer konkurrierenden Pflicht die Erfolgshaftung begründet werden kann[27]). Wenn nämlich Art und Umfang der im Einzelfall konkurrierenden Pflicht so beschaffen war, daß sie gerade von dem Unterlassenden auf Grund der engen Gemeinschaftszuge-

---

[23]) vgl. E. aaO. 350.
[24]) GS. 109/37 f.
[25]) vgl. Drost aaO. 38.
[26]) vgl. E. 64/316 (Großmutter und uneheliches Kind), E. 70/82 und 390 (Besondere Rechtsbeziehungen im Prozeß), E. 71/176 (Stellung des Schiffsoffiziers).
[27]) vgl. Mezger Z. 57/684 auch Anm. 29.

hörigkeit die Abwendung des Erfolges fordern konnte. Die personellen Beziehungen des Unterlassenden zum Gefährdeten, die berufliche Stellung des Täters und auch die garantierende Vortat gehören hierher. Mit anderen Worten: Auch wenn strafrechtliche Gebote die Rechtspflicht zum Handeln vorschreiben, so ist die Prüfung auf die Erfolgshaftbarkeit nach Mezgers Auslegungsregel[28]) zu beobachten[29]). Es ist nach dem Ausgeführten verständlich, daß die Literatur stets mit dem Hinweis auf diese Norm der Weisheit letzten Schluß zieht und ganz zu Recht nicht den Versuch unternimmt, ins volle Menschenleben hineinzugreifen, um alle erdenklichen Pflichtensituationen auf ihre Brauchbarkeit zwecks Konstituierung eines unechten Unterlassungsverbrechens zu prüfen[30]). Denn sie könnte das Gemeinsame an ihnen abermals nur in der bekannten scharfsinnigen Einschränkung zusammenfassen.

Die bisherigen Ausführungen zum Problem der Stellung der Omissivtatbestände zum unechten Unterlassungsdelikt hatten namentlich den § 330c StGB. im Auge. Betrachtet man dagegen den neugefaßten § 139 StGB. und den mit ihm verwandten § 60 MilStGB.[31]), so scheint es, als ob die scharfe Begrenzung der Rechtsfolge der Omissivvergehen nicht mehr dem generellen Willen des Gesetzgebers entspreche. Denn § 139 Abs. 2 StGB. bedroht in besonders schweren Fällen denjenigen mit dem Tode oder mit lebenslänglichem Zuchthaus, der es unterläßt, ein geplantes Verbrechen anzuzeigen, auf welches der Tod steht. Und entsprechend bestraft auch § 60 MilStGB. die Unterlassung der gebotenen Anzeige eines bevorstehenden Kriegsverrates wie dessen positive Begehung in Mittäterschaft mit Zuchthaus (§ 59 MilStGB.). Zweifellos ist aber die Bestrafung der omissiven Unterlassung gleich der der aktiven Täterschaft eine Ausnahme von der Regel, was schon die Beschränkung der strengen Rechtsfolge auf besonders schwere Fälle mühelos erkennen läßt. Daß diese Ausnahme jedoch mit dem Grundsatz der konkreten Gemeinschaften nicht im Widerspruch steht, mag folgende Ueberlegung zeigen. Die Volksgemeinschaft ist die größte der konkreten Gemeinschaften[32]). Auch sie verpflichtet daher in einem bestimmten Rahmen. Man wird beispielsweise nicht sagen dürfen, daß ein Spaziergänger, der bei einem Verkehrsunfall keine Hilfe geleistet hat, so daß der Verletzte an den Folgen des Unglücks starb, lediglich in seiner Eigenschaft als Volksgenosse des Verunglückten für den Erfolg haften müsse, welchen er von dem Verletzten nicht abgewandt hatte. Denn im Verhältnis zu dem individuellen Rechtsgut des Lebens ist die Zugehörigkeit zur größten Lebensgemeinschaft nicht konkret genug, um nach gesundem Volksempfinden dem Unterlassenden die gleiche Ver-

---

[28]) vgl. S. 17 d. Darst.
[29]) vgl. H. Mayer 174.
[30]) vgl. Mezger aaO. 683.
[31]) vgl. Schwinge MilStGB. 147.
[32]) vgl. Dahm Gemeinschaft 5.

antwortung aufzubürden, als habe er den durch seine unterlassene Hilfe eingetretenen Erfolg positiv verursacht. Anders beurteilt sich dagegen der Fall, wenn ein Volksgenosse durch seine Unterlassung vorzüglich während eines Krieges die Sicherheit des Reiches gefährdet. Denn gegenüber dem kollektiven Rechtsgut der Sicherheit von Volk und Staat ist die Zugehörigkeit zur Volksgemeinschaft hinreichend konkret, um nach gesundem Volksempfinden jede Unterlassung zum Schaden dieses höchsten Rechtsgutes ebenso wie einen positiven Angriff auf dieses Schutzobjekt zu bestrafen. Die schicksalhafte Verbundenheit aller Volksgenossen namentlich bei Einwirkungen auf den Bestand des Reiches, die im obigen Verkehrsbeispiel als einem Geschehen internen Charakters fehlte, bringt es mit sich, die schärfsten Maßnahmen gegen den pflichtvergessenen einzelnen zu ergreifen. Aus diesem Gesichtspunkt rechtfertigen sich die Ausnahmebestimmungen der §§ 139 StGB. und 60 MilStGB., soweit sie den Landes- oder Hochverrat zum Gegenstand haben. Aehnliche Erwägungen bieten sich für die ebenfalls in § 139 StGB. aufgenommenen Münz- und gemeingefährlichen Verbrechen. Wann ein besonders schwerer Fall der Nichtanzeige von geplanten Verbrechen wider das Leben, des Raubes oder des Menschenraubes — kurz bei Gefahren gegen individuelle Rechtsgüter — vorliegt, dürften die obigen Ausführungen zu den konkreten Lebensbeziehungen zwischen den einzelnen gezeigt haben.

Die einzige veröffentlichte Entscheidung[33]), die das Reichsgericht ausdrücklich dem Problem der Idealkonkurrenz von Omissiv- und Kommissivdelikt durch Unterlassung gewidmet hat, erging auf Grund folgenden Sachverhalts: Eine Frau, die mit dem Angeklagten ein ehebrecherisches Verhältnis unterhielt, wollte sich ihres Ehemannes entledigen. Sie öffnete deshalb in der ehelichen Wohnung den Gashahn, damit der schlafende Ehemann durch die ausströmenden Gase getötet werde. Nachdem sie dies getan hatte, traf sie verabredungsgemäß mit dem Angeklagten zusammen, verständigte ihn von dem Geschehenen und forderte ihn auf, in die Wohnung zu gehen und nachzusehen, „was der Alte mache." Der Angeklagte kam der Aufforderung nach und überzeugte sich davon, daß der Ehemann noch schlief, und daß das Gas noch ausströmte. Er berichtete dies der Frau. Abgesehen davon, daß in diesem Falle bereits eine tätliche Beihilfe vorliegt[34]), so stellt das Reichsgericht auch[35]) hier fest, daß eine Beihilfe zum Mord durch Unterlassen begangen werden könne, wenn der Unterlassende einer Rechtspflicht zuwider nicht in den Kausalverlauf zwecks Abwendung des Erfolges eingegriffen habe. Das Reichsgericht unterließ dann jedoch, die Rechtspflicht auf ihren erfolgsverhindernden Charakter zu untersuchen, sondern beschränkte sich auf die Feststellung deren Existenz durch das Nothilfegebot des

---

[33]) vgl. E. 71/187 ff.
[34]) vgl. E. aaO. 188.
[35]) vgl. E. 11/153, 53/292, 56/168.

§ 330c StGB. Ohne jede Begründung, wozu objektive Merkmale der Rechtspflicht hätten angeführt werden müssen, läßt nun das Urteil neben dem echten ein unechtes Unterlassungsdelikt in Form der Beihilfe entstehen, lediglich weil der Angeklagte mit dem Mordplan seiner Geliebten einverstanden gewesen sei und ihr bei der Ausführung der Tat habe behilflich sein wollen[36]). Es geht aber nicht an, aus subjektiven Gesichtspunkten den materiellen Wertunterschied beider Arten der Unterlassungsdelikte zu begründen[37]). Die fehlende Untersuchung der Rechtspflicht auf ihre Eigenart, die Erfolgsabwendung verlangen zu können, hat Mezger[38]) nachgeholt. Und zwar sieht er das entscheidende Kriterium wieder darin, daß der Unterlassende zur Haupttäterin in engen persönlichen Beziehungen stand, wenn letztere auch unerlaubter — ehebrecherischer — Natur waren. Also nicht nur die ethisch einwandfreien, sondern auch die sittlich verwerflichen Verbindungen können die allgemeine Nothilfepflicht zu einer speziellen Erfolgsverhinderungspflicht erheben.

In dieser Richtung, die Rechtspflicht nach objektiven Merkmalen zu prüfen, bewegt sich dagegen die Entscheidung eines anderen Senats[39]), die jedoch nicht auf § 330c StGB. Bezug nimmt, obwohl er nach dem Sachverhalt auch hätte in Idealkonkurrenz herangezogen werden können. Die mitangeklagte Mutter einer Bäuerin hatte an der Scheune des Erbhofs Feuer angelegt. Anstatt sofort den Brand zu löschen, lief die Bäuerin zuerst vergebens zum Amtsvorsteher und dann zum Bürgermeister, so daß inzwischen die Scheune und zwei Ställe abbrannten. Das Reichsgericht trat der Auffassung des Erstrichters bei, daß die Angeklagte als Bäuerin verpflichtet gewesen sei, den Brand sofort nach seiner Entdeckung zu löschen. Denn die Ernährungslage des deutschen Volkes fordere nach dem Sinn der Erbhofgesetzgebung und der „Erzeugungsschlacht", daß gerade die landwirtschaftlichen Gebäude und Vorräte der Erbhofbauern geschützt würden. Deshalb hätte auch die Bäuerin das Ihre tun müssen, um im Interesse der volkswirtschaftlichen Ziele der Staatsführung zu handeln[40]). Diese Urteilsgründe entsprechen ganz dem Gedanken der Erfolgsabwendungspflicht aus konkreten Gemeinschaftsbeziehungen. Denn die Bauernschaft nimmt im Volksganzen wegen ihrer für das Volk lebenswichtigen Bedeutung eine rechtlich geschützte und somit auch verpflichtende Stellung ein, so daß die Entscheidung nach gesundem Volksempfinden eine Rechtspflichtverletzung der Bäuerin wegen ihrer konkreten Beziehung zu Volk und Staat mit Recht festgestellt hat.

Die obige, in ihren Gründen abgelehnte Entscheidung des Reichsgerichts, die die Verurteilung der ehebrecherischen Frau und ihres

---

[36]) vgl. E. 71/189.
[37]) vgl. S. 55 d. Darst.
[38]) vgl. Z. 57/685.
[39]) vgl. E. 71/193 ff.
[40]) vgl. E. aaO. 195.

Geliebten zum Gegenstand hatte, hat nun in der Literatur zu folgender Theorie Anlaß gegeben: Wenn der Täter den Tatbestand einer Gebotsnorm erfüllt hat, der innere jedoch über den äußeren Gebotstatbestand so weit hinausgeht, daß er den eines Verbotsgesetzes mit umfaßt, dann soll der Unterlassende auch für den eingetretenen Erfolg haften[41]). Diese Theorie würde zweifellos dem Schulbeispiel gerecht, in dem es ein Spaziergänger unterläßt, dem ins Wasser Gefallenen einen Rettungsring zuzuwerfen, weil er es mitleidlos, ja sogar mit Freuden sähe, wenn der Verunglückte ertränke. Dieser höchsten Schuld könnten nur die gesteigerten Schuldgrade der Absicht oder der Ueberlegung entsprechen, wenn gerade durch das gewisse Mehr auf der subjektiven Seite der Ausschlag gegeben werden soll. Nun verlangen aber die wenigsten Delikte die Schuldformen der Absicht oder gar der Ueberlegung, so daß, wenn diese als stärkste seelische Triebfeder die alleinige Voraussetzung für die Erfolgshaftung wäre, die meisten unechten Unterlassungsdelikte straflos bleiben müßten. Denn gerade die Tötungs- und Brandstiftungsverbrechen, an denen sich das unechte Unterlassungsproblem mit Vorliebe entzündet, begnügen sich mit der Schuld des Vorsatzes und u. U. der Fahrlässigkeit. Aber auch wenn man in Niethammers Theorie den Vorsatz genügen ließe, so würde damit nichts gewonnen werden. Denn es erhellt, daß gerade dann, wenn der ausgesprochen verbrecherische Wille die Wandlung des echten zum unechten Unterlassungsdelikt begründen soll, die Fahrlässigkeit oder die „Gleichgültigkeit" als geeignete Schuldform ausscheidet[42]). Damit bliebe man aber einen Schritt hinter der herrschenden Lehre zurück; denn diese läßt den Unterlassenden auch für den Erfolg haften, den er rechtspflichtwidrig, aber fahrlässig abzuwenden unterließ[43]). Was also auf der einen Seite gewonnen wurde, das ginge auf der anderen wieder verloren. Die Abgrenzung beider Unterlassungsdelikte darf nur nach objektiven Gesichtspunkten erfolgen. Die Schuld spielt auch weiterhin im wesentlich objektiven Unrechtssystem nur die Rolle, als notwendige Ergänzung zum äußeren Tatbestand hinzuzutreten, um das Verbrechen vollständig werden zu lassen. Höchstens kann es einmal vom Zeitpunkt des verbrecherischen Willensentschlusses abhängen, ob ein Begehungsdelikt oder ein Kommissivverbrechen durch Unterlassung begangen wurde[44]). Aber niemals sind durch den subjektiven Tatbestand beide Arten des Unterlassungsdelikts zu unterscheiden oder abzugrenzen.

Die gleichen Einwände, die Niethammers subjektive Abgrenzungstheorie zu Fall brachten, sind nun auch geeignet, gegen Schaffsteins Tätertypus[45]) ins Feld geführt zu werden, wenn durch diesen Begriff der echte vom unechten Unterlassungstäter geschieden werden

---

[41]) vgl. Niethammer Z. 57/454.
[42]) Niethammer aaO. 456.
[43]) E. 50/419, Allfeld 116.
[44]) vgl. Beispiel bei Mezger Lehrb. 92 Anm. 4.
[45]) vgl. S. 46 d. Darst.

soll. Obgleich sich der Tätertypus nicht durch die Schuldelemente kennzeichnet[46]), so soll doch nach Stucke[47]) das ausgesprochen subjektive Merkmal der Tatenergie als Zünglein an der Waage den Ausschlag darüber geben, ob ein echtes oder unechtes Unterlassungsdelikt vorliegt. Wenn aber die verbrecherische Energie den entscheidenden Unwertsgehalt der Tat ausmachen soll, so ist die Anknüpfung an das Subjektive zwangsläufig, wodurch aber die Schuldformen in den Vordergrund gerückt werden. Mit anderen Worten: Ist ein fahrlässig handelnder Tätertypus denkbar? Die Mutter, die ihr Kind vorsätzlich verhungern läßt, ist eine Mörderin. Der zufällig (!) des Weges kommende Bergsteiger, der einen verunglückten Wanderer aus hilfloser Lage nicht befreit, ist kein Mörder oder Totschläger. In diesen Fällen bringt das Hilfsmittel der Tatenergie wohl richtige Ergebnisse. Wie aber, wenn die Mutter ihr Kind nur mit Eventualvorsatz oder durch Fahrlässigkeit verhungern läßt? Hier führt der Maßstab der verbrecherischen Energie nicht zum Ziel. Vielmehr liefert das Prinzip der konkreten Gemeinschaft in Verbindung mit dem gesunden Volksempfinden bessere Bewertungsmöglichkeiten.

In diesem Kapitel sei schließlich Drosts Lösungsvorschlag[48]) besprochen, weil er die begriffliche Verschmelzung des Omissiv- und des Kommissivverbrechens durch Unterlassung[49]) befürwortet. Denn die scharfe Trennung zwischen der Bestrafung des Unterlassenden gleich dem Täter bei Nichtvornahme der gebotenen Handlung oder dessen gänzlicher Straflosigkeit trotz an sich strafwürdiger Unterlassung widerspreche dem Gedanken der Gerechtigkeit[50]). Es empfehle sich daher die Aufstellung eines, die Unterlassungen in strafwürdiger Hinsicht graduierenden Sondertatbestandes als Omissivdelikt, in dem der Eintritt des Erfolges nur als objektive Strafbarkeitsbedingung erscheine[51]). Nur in ganz besonders schweren Fällen der Rechtspflichtverletzung soll der Unterlassende gleich dem aktiven Täter für den mißlichen Erfolg haftbar gemacht und gleich diesem bestraft werden[52]). Hier spricht Drost von einem qualifizierten Unterlassungsdelikt[53]).

Dieser Beitrag zum Problem setzt sich also bewußt über die Systematik des Strafrechts hinweg[54]), denn diese sieht ja in der unechten Unterlassung eine Zuwiderhandlung gegen ein rechtliches Verbot und keine qualifizierte Omission. Der materielle Wertunterschied zwischen echter und unechter Unterlassung wird durch Drosts Vorschlag aufgehoben. An Stelle der konstitutiven Begründung der Unter-

---

[46]) vgl. S. 44 d. Darst.
[47]) vgl. S. 110.
[48]) vgl. Drost aaO. 1 ff.
[49]) vgl. dazu auch Binding aaO. 551 Anm. 12.
[50]) vgl. Drost aaO. 48 mit Anm. 64.
[51]) Drost aaO. 62.
[52]) Drost aaO. 61.
[53]) Drost aaO. 6.
[54]) Drost aaO. 60.

lassungsdelikte[55]) tritt die regulative Idee, aus rechtspolitischen Erwägungen verschieden strafwürdige Unterlassungen zu vertatbestandlichen[56]). Vom praktischen Standpunkt kann der Gesetzesvorschlag Drosts zweifellos etwas für sich buchen; dagegen bedeutet er, von der dogmatischen Seite her gesehen, die Vergröberung bisher schon erreichter Ergebnisse[57]).

§ 11 Zusammenfassung

Auf Grund der vorangegangenen Ausführungen zum Problem des unechten Unterlassungsdelikts beantworten wir also die Frage, unter welchen Umständen der Unterlassende für den nicht verhinderten Erfolg haftet, wie folgt: Der Unterlassende ist gleich dem aktiven Täter zu bestrafen, wenn er zu dem Verletzten in solch einem konkreten Gemeinschaftsverhältnis stand, daß gesundes Volksempfinden die Abwendung des verpönten Erfolges verlangen konnte.

Wenn die Darstellung davon absieht, dieses Ergebnis, das sich mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts und mit der vom Text vertretenen Lehre deckt, in einen Gesetzesvorschlag zu kleiden, so unterbleibt es deshalb, weil die gefundene Norm ja bereits ein Produkt des § 2 StGB. ist[1]). Damit ist also der obige Satz schon als in der bestehenden Gesetzgebung verankert anzusehen.

Was nun nach unserem Resultat an Problematik für die gerechte Beurteilung einer unechten Unterlassung übrig bleibt, ist die Aufgabe, in der Praxis jeweils das konkrete Gemeinschaftsverhältnis des Unterlassenden zum Verletzten mit den Anforderungen des gesunden Volksempfindens in Einklang zu bringen[2]). Denn daß es nicht der Sinn der Strafrechtstheorie ist, einen Katalog über konkrete Gemeinschaftsbeziehungen aufzustellen, haben wir schon oben betont[3]). Es muß daher im Rahmen des § 2 StGB. der Praxis überlassen bleiben, von Fall zu Fall eine mit der konstanten Auffassung vom Wesen des Rechts harmonierende Entscheidung zu finden.

---

[55]) vgl. Nagler aaO. 116.
[56]) vgl. Drost aaO. 52.
[57]) Nagler aaO. 117.
[1]) vgl. S. 37 ff. d. Darst.
[2]) vgl. S. 49 ff. d. Darst.
[3]) vgl. S. 51 f. d. Darst.

Lebenslauf

Am 25. Februar 1912 wurde ich, Peter Paul Alexander Roland Francke, als Sohn des Verlagsbuchhändlers Dr. Leo Francke und seiner Ehefrau Marie, geb. Gentsch, in Berlin-Wilmersdorf geboren.

Michaelis 1918 kam ich in die Vorschule des Fichtegymnasiums in Berlin-Wilmersdorf und legte 1932 an der Oberrealschule Dresden - Seevorstadt — meine Eltern waren im Frühjahr 1922 nach Dresden gezogen — die Reifeprüfung ab. Anschließend immatrikulierte ich mich an der Universität Berlin. Zum Wintersemester 1934/35 siedelte ich an die Universität München über, wo ich im Sommersemester 1936 das Studium abschloß. Mitte November 1936 bestand ich vor dem Oberlandesgericht München das Referendar- und Anfang Januar 1940 das Assessorexamen.

Zur Zeit befinde ich mich im Felde.

Westfront, im März 1940